Die Haftung des Verkäufers für Mängel im Recht

nach römischem, gemeinem und heutigem deutschem Recht.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät

zu

Tübingen

vorgelegt

von

Paul Dollinger

Justizreferendär in Stuttgart.

STUTTGART.

Druck von A. Bonz' Erben.

1901.

Die Haftung des Verkäufers für Mängel im Recht

nach römischem, gemeinem und heutigem deutschem Recht.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät

zu

Tübingen

vorgelegt

von

Paul Dollinger

Justizreferendär in Stuttgart.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

STUTTGART.
Druck von A. Bonz' Erben.
1901.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547016_0105

INHALT.

Seite

§ 1. Einleitung 5

1. Kapitel. Die Haftung des Verkäufers wegen Eviction im römischen und gemeinen Recht.

§ 2. A. Das ältere römische Recht. actio auctoritatis 6

§ 3. B. Der Übergang zum klassischen römischen Recht. Evictionsstipulation 8

C. Das klassische römische Recht und der Standpunkt des justinianischen Rechts

§ 4. I. Der Inhalt der Verkäuferverpflichtung 12

II. Im einzelnen:

§ 5. 1. Der Schutz des Käufers durch actio emti

a. die Evictionshaftung ex emto 17

§ 6. b. die von der Voraussetzung der Eviction losgelösten Anwendungsfälle der actio emti 24

§ 7. 2. Der Schutz des Käufers durch actio ex stipulatu . . . 27

§ 8. III. Besonderheiten der Evictionshaftung beim Forderungskauf und Genuskauf 30

§ 9. IV. Die Eviction bei andern Rechtsgeschäften 34

§ 10. D. Das gemeine Recht 35

2. Kapitel. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers für Mängel im Recht nach dem BGB.

§ 11. A. Die Vorgeschichte. Die Bestimmungen des Dresdener Entw. und des 1. Entw. zum BGB. 39

B. Die Gewährleistung im BGB.

§ 12. I. Im allgemeinen 43

§ 13. II. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Rechtsverschaffung . 44

III. Die Gewährleistungspflicht wegen Mängel im Recht

1. Die Voraussetzungen der Gewährleistungspflicht

§ 14. a. im allgemeinen 47

§ 15. b. insbesondere der Mangel im Recht 54

§ 16. c. die besonderen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung nach § 440 Abs. 2—4 . 65

§ 17. 2. Die Begründung der Garantiehaftung des Verkäufers . . 68

§ 18. 3. Die Rechtshilfen des Käufers 72

§ 19. 4. Die Beweislast 79

§ 20. IV. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers bei besonderen Arten von Käufen 81

Einleitung.

§ 1.

Der Kauf ist Umsatz von Waren gegen Geld. Er verpflichtet den Verkäufer, dem Käufer die Ware zu verschaffen. Dies geschieht, durch Verschaffung der thatsächlichen Gewalt über die Ware und eines bestimmten Masses rechtlicher Befugnisse in Beziehung auf dieselbe.

Dieses Mass rechtlicher Befugnisse ist grundsätzlich verschieden bemessen im römischen und gemeinen Recht einerseits, im bürgerlichen Gesetzbuch andererseits. Aufgabe der vorliegenden Arbeit wird es sein, den beiderseitigen Standpunkt festzustellen, zu begründen und zu entwickeln. Hierbei wird vornehmlich der Kauf körperlicher Gegenstände ins Auge gefasst, der Kauf von Rechten, insbesondere von Forderungen nur berührt werden.

1. Kapitel.

Die Haftung des Verkäufers wegen Eviction im römischen und gemeinen Recht.*

* Litteratur: K. O. Müller, die Lehre des römischen Rechts von der Eviction, 1. Teil 1851; Bekker in seinen und Muthers Jahrbüchern des gemeinen Rechts, Bd. VI (1863) Seite 229—336; E. Eck, die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums nach römischem und gemeinem Recht 1874; Bechmann, der Kauf, Bd. I 1876, Bd. II 1884; J. Kohler, gesammelte Beiträge Bd. I Seite 233 ff 1884 (Kauf einer fremden Sache).

Das Lehrbuch von Windscheid ist in der 8. Auflage citiert.

A. Das ältere römische Recht actio auctoritatis.

§ 2.

Im Anfang der römischen Rechtsgeschichte erscheint der Kauf teils als formloser Handkauf ohne obligatorische Beziehungen und zunächst auch ohne Gewährleistung, teils — für die wertvolleren Gegenstände des Verkehrs — in der auf römische Bürger beschränkten Form der mancipatio. Nur der letzteren kommt ursprünglich rechtliche Bedeutung zu.

Die mancipatio ist „auf Erwerb des Eigentums gerichtet."[1]) Immanent jedoch in dem Sinn, dass Mangel des Eigentums beim Verkäufer das gültige Zustandekommen des Kaufgeschäfts gehindert hätte, war die Eigentumsverschaffung der mancipatio nicht. „Trotz jenes Mangels bestand der Kauf zu Recht, weshalb er giltigen Titel für Ersitzung bildet"[2]). Die unmittelbare Wirkung des vollzogenen Kaufs und zugleich der einzige Inhalt der Verpflichtung des Verkäufers aus dem Mancipationsgeschäft ging dahin, dass der Verkäufer den Käufer, soviel an ihm liegt, zum Eigentümer des Kaufgegenstands mache. Die daneben bestehende Gewährleistungspflicht des Verkäufers ist, bei der Mancipation jedenfalls, nicht, wie Bekker a. a. O. meint, eine Prästationspflicht wegen mangelhafter Erfüllung, sondern vielmehr eine selbständig auferlegte bezw. übernommene Garantiepflicht. Als Rechtsgrund für dieselbe kann man entweder das Gesetz[3]) oder eine stillschweigende bezw. fingierte Übernahme seitens des Verkäufers durch Zustimmung zu den Sollennitätsworten des Mancipationskäufers: hanc rem meam esse aio, ansehen.[4]) Eine besondere nuncupatio zur Begründung der Garantiepflicht[5]) fand nicht statt. Abzulehnen ist

[1]) Eck a. a. O. Seite 2.
[2]) Bechmann a. a. O. Seite 108.
[3]) So Lenel. edict. perpet. 1883, § 290, Ziffer 1, Seite 424.
[4]) So Bechmann I, Seite 101.
[5]) So Eck, Seite 2 ff und die das. Anm. 3 cit.

ferner die Construction eines nexum im Zusammenhang mit der Mancipation[1]) und die Ableitung der Garantiepflicht aus Delict.[2]) Die Übernahme der Gewährleistungspflicht ist ipso iure mit der Mancipation verbunden. Wo sie vermieden werden soll, musste man entweder von der Mancipation absehen oder zu der besonderen Form der mancipatio nummo uno greifen.[3])

Aus der Garantiepflicht entspringt, sobald ein Dritter gegen den Käufer die Vindicationsklage[4]) erhebt, für den letzteren eine actio auctoritatis gegen seinen Verkäufer, die zunächst nur auf Beistand im Prozess gerichtet ist. Ein solcher Beistand war bei dem in der Hauptsache derivativen Eigentumserwerb der Römer, namentlich vor Ausbildung des Instituts der publicianischen Klage, hervorragendes Bedürfnis. Der Verkäufer war verpflichtet den Beistand zu leisten. In welcher Form er zum Beistand aufgefordert wurde, in welcher er dem Prozess beitrat, und welches seine Stellung im Prozess war, ist annoch dunkel.[5]) „Erscheint er nicht vor dem Richter oder weigert er ausdrücklich seinen Beistand oder lässt er ihn ohne Erfolg eintreten“[6]), so geht nunmehr gegen ihn die actio auctoritatis auf das Doppelte des Kaufpreises als unveränderlichen Bauschanschlag des Interesses.[7])

Subjective Voraussetzungen in der Person des Verkäufers hatte die actio auctoritatis nicht: dolus und culpa seinerseits wird nicht erfordert. Er trägt das periculum evictionis.[8]) [9])

---

[1]) So Huschke, dag. Bechmann I, Seite 125.

[2]) So Jhering, dag. Bechmann I, Seite 123.

[3]) Bechmann I, Seite 189, 227, 109.

[4]) Bechmann I, Seite 105.

[5]) Vergl. Keller-Wach röm. Zivilprozess. 6. Aufl. 1883, Seite 292, Anm. 682 (§ 58).

[6]) Bechmann I, Seite 116.

[7]) So Bechmann I. Seite 122. A. M. bezüglich der Unveränderlichkeit, Eck, Seite 9. Huschke, über das R. d. nexum 1846, Seite 188 nimmt einen Fall von Litiscrescenz an; vergl. auch Keller-Wach a. a. O. Seite 291.

[8]) Cicero pro Murena c 2 § 3 bei Bechmann I, Seite 116.

[9]) Interessant ist die weitgehende Parallele, welche die deutschen

In der späteren Zeit sicherte man die Forderung auf das duplum für die Zeit ihres Verfalls von vornherein durch Bürgen und Pfänder: satisdatio secundum mancipium. Dies wurde so üblich, dass man die satisdatio secundum mancipium schliesslich als naturale negotii auffasste, so dass sie verlangt werden konnte, ohne dass sie ausbedungen war.[1]) Doch bedurfte es jedesmal einer besonderen Stipulation, um an sie jene Sicherungen anzulehnen. Aber auch jetzt hat man nicht in dieser Stipulation, sondern in jener Wendung des Mancipationsrituals den Rechtsgrund für die Garantiepflicht zu suchen.[2]) Die Stipulation ist nur eine Reproduction der bereits vollzogenen Garantieübernahme zur Ermöglichung der satisdatio secundum mancipium.

B. Der Übergang zum klassischen römischen Recht. Evictionsstipulation.

§ 3.

Eine Garantiestipulation kann auch selbständig vorkommen. Eine gewisse Selbständigkeit gewann sie schon dann, wenn sie der Mancipation zu dem Zweck beigefügt wurde, um einen Haftungsgrund zu bilden für den Fall, dass aus irgend welchen Gründen die Haftung aus der Mancipation versagen sollte.[3]) Sie bildet ferner das einzige Mittel, um zu einer Garantiehaftung zu gelangen, bei dem keinerlei obligatorische Verpflich-

---

Volksrechte bieten; vergl. Brunner, d. Rechtsg. II, Seite 495—506: die Anfangsklage gegen den Käufer veranlasst den Zug auf den Gewähren behufs Übernahme der Gewährschaft. Aber erst der Gewährschaftsbruch seitens des Gewähren giebt einen Regressanspruch gegen denselben, der teils auf Gesetz teils auf ein besonderes Streitgedinge gegründet wird und bald auf Kaufpreiserstattung und Busse, bald — im Fall eines Streitgedinges — auf dessen Inhalt ging.

[1]) Eck, Seite 12 f.

[2]) So Bechmann I, Seite 101.

[3]) Bechmann I, Seite 369 f.

tung in sich schliessenden, formlosen Hand- oder Naturalkauf und bei dem eine Garantiepflicht von sich aus ebenso wenig erzeugenden Kreditkauf.[1]) Gewiss geht auch bei diesen Formen des Kaufs die Absicht des Käufers auf eine endgiltige Unterwerfung der Sache unter die Herrschaft des eigenen Willens. Aber die Rechtsordnung verschmäht es noch, diese Absicht zu sanktionieren. Ein Surrogat bietet die Evictionsstipulation: der Verkäufer verspricht in Stipulationsform eine bestimmte Leistung für den Fall, dass der von ihm übergebene Kaufgegenstand dem Käufer im Prozessweg infolge mangelhafter Rechtsverschaffung seitens des Verkäufers abgestritten (evinciert) werde. Das ist keine Verpflichtung zur Herstellung eines objektiven rechtlichen Erfolgs, keine Verpflichtung zur Rechtsverschaffung, sondern rein negativ das Einstehen für das Nichthervortreten bestimmter (nämlich zur Eviction führender) rechtlicher Mängel und auch nur für das Nichthervortreten in der bestimmten Form des Prozesses. Nur die positive Seite dieser negativ bestimmten Haftung stellt das immerwiederkehrende habere licere dar. Aber nicht ist das habere licere, nicht ist der Eintritt oder die Aufrechterhaltung des Zustands des Behaltendürfens Inhalt der Evictionsstipulation. Das habere licere ist vielmehr nur die positive Reflexwirkung der Verpflichtung zur Leistung des einfachen, doppelten etc. Evictionsinteresses. Es besteht nur ein indirekter Zwang zur Fürsorge und Vorkehrung für das habere licere. Selber in obligatione ist es nicht. Nicht weil das habere licere unmöglich ist, sondern erst und nur, wenn evinciert ist, womit allerdings dann immer auch ein Aufhören des habere licere verbunden ist, verfällt die Stipulation. Siquis evicerit ist die einzige Voraussetzung dieses Verfalls, quominus habere possidereque recte liceat, die unvermeidliche Reflexwirkung des Eintritts dieser Voraussetzung.[2])

[1]) Bechmann I, Kap. IV und V.

[2]) Vergl. die (allerdings etwas späteren) Urkunden bei Bruns, Fontes iuris Rom. ant. 6. Ausg. 1893, Seite 288—291, Nr. 105—108.

Die Gründe für diese scheinbar nicht nahe liegende Gestaltung hat man in folgenden Momenten zu suchen:

1. in dem historischen Zusammenhang mit der actio auctoritatis;

2. in der Besonderheit des römischen Eigentumssystems, das sich vornehmlich auf derivativem Erwerb aufbaut und infolge dessen eine Verpflichtung zur Rechtsverschaffung schwer erträgt;

3. in der Unerfassbarkeit des abstrakten Eigentumsbegriffs bei noch unentwickelter Reflexion über das Recht;

4. in der begreiflichen Neigung eines jungen Rechts, seinen Schutz nicht an negative Momente (Nichtverschaffung des Eigentums), sondern an positive, physisch wahrnehmbare und darum auch leichter beweisbare Vorgänge (Eviction) anzuknüpfen, wodurch allein auch eine sichere Handhabe für die Bemessung des zu ersetzenden Interesses geboten wird.[1])

Die nach dem Recht der Evictionsstipulation scheinbar schlechte Lage des Käufers wird auf andere Weise wieder gehoben:

1. die Ersitzung begründete in kurzer Zeit einen originären Rechtserwerb, bei dem mala fides superveniens nicht schadete;

2. die actio Publiciana schützte den Käufer unabhängig vom Recht des Vormanns gegen den schlechter berechtigten Dritten;

3. die exceptio rei venditae et traditae ebenso gegen jede Art von Anspruch auf die Sache von seiten des Verkäufers;

4. solange er bonae fidei possessor war, besass der Käufer das Recht zur Perception und Consumtion der Früchte;

5. gegen Besitzstörung und Entziehung sicherten ihn die Interdicte der Magistrate.

So blieb ein Schutzbedürfnis beinahe nur in den Fällen übrig, welche durch die Stipulation gedeckt waren.

---

[1]) Dieser letzte Gedanke hat noch die Verfasser des I. Entw. z. BGB. bestimmt, das von ihnen aufgenommene „Rechtsverschaffungsprinzip" im Sinn der Evictionslehre einzuschränken. Vergl. Protok. d. I. Komm. I, Seite 691.

Aus der Evictionsstipulation entsprang nach ihrem Verfall eine actio ex stipulatu. Sie vertritt, wo die actio auctoritatis nicht statthaft ist, deren Stelle. Wie diese, verfällt sie nicht schon bei bloss subjektiver Ungewissheit des Behaltendürfens, sondern erst mit dem Eintritt der Eviction im Prozess. Auch die Evictionsstipulation begründet Garantiehaftung: sie hat nur objektive Voraussetzungen. Trotzdem bleiben gewisse Unterschiede[1]):

1. die actio auctoritatis ruht unmittelbar auf den Mancipationsworten, die actio ex stipulatu ist immer die Folge eines besonderen, auf die Garantieübernahme gerichteten Rechtsacts;

2. die actio ex stipulatu verfällt nicht schon bei verweigerter auctoritas, sondern erst mit dem thatsächlichen Eintritt der Eviction. Der Beistand des auctor trägt namentlich seit Ausbildung der publicianischen Klage, einen wesentlich anderen Charakter, als in der früheren Zeit, da nunmehr der Käufer sich auf ein in seiner Person entstandenes, somit gewisses, nicht mehr allein auf das ihm übertragene, ungewisse Recht stützt. Die Thätigkeit des auctor dient weniger der Begründung des käuferischen, als der Bekämpfung des gegnerischen Rechts (des Evincenten) durch Leugnung desselben und Behauptung besseren Rechts auf seiten des Käufers und seines auctor bezw. durch Vorbringung von Verteidigungsgründen. Der Beistand des auctor dient also vornehmlich informatorischen Zwecken. Damit hängt zusammen, dass

3. an die Stelle der Defensionspflicht des Verkäufers bei der actio auctoritatis nunmehr bei der actio ex stipulatu ein Recht desselben auf Litisdenuntiation durch den Käufer getreten ist. Die Mitwirkung des Verkäufers im Evictionsprocess dient überwiegend seinem eigenen Interesse. Ihm soll Gelegenheit gegeben werden, durch seine Angaben die Eviction und damit den Verfall der Stipulationsklage abzuwenden;

4. die besondere Verabredung der Garantieübernahme in

---

[1]) Bechmann I, Seite 375 ff.

der Evictionsstipulation ermöglicht eine freie Festsetzung des Haftungsbetrags (das Ein- od. Vielfache des Kaufpreises, Sachwertes od. Interesses), während bei der actio auctoritatis der Betrag des doppelten Kaufpreises unveränderlich war.

C. Das klassische römische Recht und der Standpunkt des justinianischen Rechts.

I. Der Inhalt der Verkäuferverpflichtung.

§ 4.

Schon früh [1]) erkannte das römische Recht die Klagbarkeit des formlosen Consensualcontracts beim Kauf an, ohne dass übrigens völlig feststeht, auf welchem Wege es zu dieser Anerkennung gelangte. [2])

Hierbei ist es historisch sehr wohl begreiflich, ja beinahe notwendig, dass der Inhalt der Verkäuferverpflichtung aus dem formlosen Contract zunächst vollkommen dem Recht der Evictionsstipulation entsprach. Immer noch war die Situation, waren die Gründe dieselben, die auch bei der Ausgestaltung des Stipulationsinhalts massgebend gewesen waren. Dazu kam, dass die Vornahme der Stipulation trotz der Klagbarkeit des formlosen Contracts noch fortgesetzt in Übung war, was anfangs soweit ging, dass, solange die Stipulationsklage zulässig war, die Contractsklage nicht zum Zug kam. [3])

I. So gelangt man zunächst zu folgendem Inhalt der Verkäuferverpflichtung ex contractu:

1. der Verkäufer ist verpflichtet zum tradere d. h. zur Verschaffung des juristischen Besitzes. [4]) Wo Vornahme der

[1]) Bechmann I, Seite 469 ff.
[2]) Eck, Seite 23.
[3]) v. Salpius, Novation und Delegation 1864, Seite 224.
[4]) l 11 § 13 D d. a. e. v. 19,1.

Mancipation möglich und üblich war, konnte auch diese verlangt werden.[1])

2. Neben der Traditionspflicht steht ergänzend das evictione teneri[2]), dem gegenüber dem habere licere nur die Bedeutung einer positiven Reflexwirkung zukommt (ob. S. 9) das habere licere ist weder in obligatione noch in condicione, nur der Eintritt der Eviction ist in condicione. Es ist daher wohl überhaupt nicht richtig, wenn man die Verkäuferverpflichtung auf das habere licere abstellt. Präziser drücken sich die Quellen aus z.B. l 1 pr. D 19, 4. Wo das habere licere erwähnt wird, z. B. l 30 § 1 D 19, 1, weist doch das teneri darauf hin, dass es sich um eine blosse Umschreibung für evictione teneri handelt. Einen selbständigen Inhalt, der sich nicht aus der Übersetzung des evictione teneri ins Positive ergiebt, hat das habere licere nicht. Man hat es definiert als „thatsächliches haben", als „haben und geniessen", als „definitives haben", als „Quantum nicht sowohl von Rechten, als von thatsächlichen Vorteilen"[3]), als „eigentumsartigen Genuss"[4]), als „bürgerliches Eigentum"[5]). Denkt man hierbei an mehr, als die Reflexwirkung des evictione teneri, so legt man dem Begriff des habere licere etwas unter, was demselben fremd ist. Unrichtig ist es hiernach auch, die Verpflichtung zum habere licere concurrierend neben das evictione teneri zu stellen, dessen andere Seite das habere licere doch nur bildet, oder auch nur das habere licere als Gegenstand einer Verpflichtung aufzufassen, im Verhältnis zu der die Pflicht zur Leistung des Evictionsinteresses als entsprechende Prästationspflicht, als „bedingte" Prästationspflicht[6]), als „quali-

---

[1]) Gai. IV 131 a, Eck Seite 25; Baron Pand. 8. Aufl. § 288, Seite 515. Eine Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung darf daraus nicht abgeleitet werden.

[2]) Vergl. auch Sohm, Institut. 8. u. 9. Aufl. 1899, § 82 Anm. 2, Seite 384.

[3]) Bekker a. a. O., Seite 289 f.

[4]) SA. Bd. XXXV, Nr. 115.

[5]) SA. Bd. XXXII, Nr. 224.

[6]) Kohler a. a. O., Seite 240.

ficierte“ Prästationspflicht[1]) erscheinen würde. Es besteht keinerlei Verpflichtung zur Herstellung einer bestimmten Wirkung der Tradition oder zur Aufrechterhaltung eines bestimmten Zustands, noch weniger eine Verpflichtung zur Herstellung eines rechtlichen Erfolgs oder zur Verschaffung eines bestimmten Rechts incl. des Eigentums. Vielmehr handelt es sich dem Grundgedanken nach noch immer nur um die Übernahme der Garantie für das Nichthervortreten zur Eviction führender Rechte Dritter; die äussere Erscheinung ist die einer durch den thatsächlichen Eintritt der Eviction suspensiv bedingten Verpflichtung zum Ersatz eines bestimmten Interesses. Diese Verpflichtung tritt neben die Verpflichtung zum tradere ohne logischen Zusammenhang mit derselben; sie ist mit ihr nur durch den gemeinsamen erzeugenden Thatbestand (des Contracts) verbunden. Zeitlich freilich reiht sich die Reflexwirkung der Evictionshaftung, das habere licere, unmittelbar an das tradere an, wie denn dieses naturgemäss auch die condicio sine qua non für jenes bildet.

Wesentlich ist dem Kauf nur die Verpflichtung zum tradere, die Evictionshaftung kann durch pactum de non praestanda evictione ausgeschlossen werden (s. u. S. 24). Nur die anfänglich objective Unmöglichkeit zum tradere bewirkt Nichtigkeit des Contracts. Eine solche Unmöglichkeit zum tradere ist gegeben bei Nichtexistenz des Kaufgegenstands, sie ist nicht gegeben bei Extracommercialität desselben[2]). Der Kauf der eigenen Sache ist nichtig, wenn der Käufer sich im juristischen

---

[1]) Redaktorenmotive der I. Kommission. Recht. d. Schuldverhältn. 1. Abschn., 2. Tit., I 3b, Seite 15.

[2]) Daher giltiger Kauf l 4, l 6 pr, l 70 D 18. 1; § 5 J. 3. 23; l 39 § 3 D 21. 2; l 18, C 8. 44 (45), S. A. XXXII, Nr. 123. A. M. Fr. Mommsen, Beiträge z. Oblig. R I, Seite 118 ff; G. Hartmann, Obligation, Seite 171. Es finden sich allerdings auch widersprechende Quellenstellen, vergl. Windscheid § 315, Anm. 5, II, Seite 268. Kennt der Käufer die Extracommercialität, so ist der Vertrag unsittlich und darum nichtig.

Besitz der Sache befindet. Ist dies nicht der Fall, so ist wenigstens eine emptio possessionis denkbar[1]). Nichtig weil unsittlich ist der wissentliche Kauf einer res furtiva[2]). Überhaupt nicht Kauf, sondern ein anderer Vertragstypus liegt vor, wenn die Parteien ausdrücklich verabreden, das beim Hingebenden vorhandene Eigentum soll auf den Nehmer nicht übergehen l 80 § 3 D 18. 1. Vollgültig dagegen ist der Verkauf einer fremden Sache l 28 D 18. 1[3]).

An dem bezeichneten Inhalt der Verkäuferverpflichtung hat das römische Recht noch in der justinianischen Codification wenigstens äusserlich festgehalten. Mit Schroffheit wird insbesondere eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung, zum rem emptoris facere abgelehnt[4]). Beredung einer Verpflichtung zur Eigentumsübertragung gilt nicht als Kauf[5]). Und doch macht sich mehr und mehr eine Loslösung der actio emti von der Voraussetzung der Eviction und die Anerkennung einer Verpflichtung zur Herstellung eines positiven über das blosse tradere hinausgehenden rechtlichen Erfolgs geltend[6]). Die bonae fidei-Qualität des Kaufcontracts brachte es mit sich, dass man vom Verkäufer Herstellung desjenigen rechtlichen

[1]) Bechmann II, Seite 74; vergl. auch Hartmann, Obligation, Seite 190 f und Hellmann, Arch. f. d. zivilist. Prax. Bd. XC Seite 398 ff.

[2]) Bechmann II, Seite 67 und Anm. 2 eod.

[3]) Kohler a. a. O., Seite 236 ff; Hartmann Oblig. Seite 209, daselbst auch über die verschiedenen Gestaltungen, je nachdem beide Contrahenten, einer oder keiner derselben das fremde Recht kennt.

[4]) l 30 § 1 D 19. 1; l 25 § 1 D 18. 1; l 1 pr D 19. 4; l 4 pr D 22. 1; l 3 C 8,44 (45), Eck Seite 24.

[5]) l 16 D 12. 4. Der Grund ist in der Unanwendbarkeit des Formulars für die actio emti zu suchen. Bechmann II, Seite 71 ff.

[6]) Darauf zuerst hingewiesen zu haben, ist das Verdienst Ecks. Sein Endresultat: Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung schon nach römischem, jedenfalls nach gemeinem Recht, ist nicht unangefochten geblieben. Vergl. Kohler, Seite 252; Hartmann, Seite 201, Anm. 7 und namentlich R.G. Bd. XX, Seite 218.

Erfolgs forderte, den nach den Umständen des concreten Falls ein redlicher und gewissenhafter Contrahent von einem redlichen und gewissenhaften Gegner erwarten durfte. Es bahnt sich damit ein relatives Verschaffungsprinzip an. Der Verkäufer kann hiernach in die Lage kommen, positiv Recht verschaffen zu müssen. Aber diese Verpflichtung findet nicht immer, nicht notwendig statt, sie trifft nicht jeden Verkäufer als solchen. Auch ist das zu verschaffende Recht nicht notwendig und in allen Fällen das Gleiche weder der Individualität noch der Intensität nach. Die bona fides bedingt nicht schlechthin eine Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung oder gar zu einer Gewährleistung für eine solche. Nicht einmal die Herstellung der publicianischen Rechtslage ist ein für allemal Gegenstand der Verkäuferverpflichtung. Eine absolute Grenze bildet nach wie vor nur das evictione teneri. Gleichwohl handelt es sich nicht etwa nur um eine Modification der Evictionshaftung, um eine Erweiterung und Milderung derselben in ihren Voraussetzungen, sondern um die Durchsetzung einer selbständigen, andersgearteten Verpflichtung des Verkäufers, die vollständig zum Ziel gelangt für die Evictionshaftung keinen Raum mehr gelassen hätte. Allein vermöge des bekannten konservativen Sinns der Römer hatte es das neue Verpflichtungsprinzip kaum zu vereinzelter noch durchaus casuistischer, mehr instinktiver Anwendung gebracht, als die justinianische Codification auf diesem Punkt für Jahrhunderte die begonnene Entwicklung abschloss. So kommt es, dass im justinianischen Recht das bonae-fidei-Prinzip und das seiner ganzen Entwicklung nach formalistische und strenge Evictionsprinzip einander in unausgetragenem Kampf gegenüberstehen.

II. Concurrierend trat neben die Verpflichtungen des Verkäufers aus dem Contract nach wie vor, wenn die Parteien eine Evictionsstipulation vornahmen, eine Haftung aus der Stipulation.

II. Im einzelnen:

1. Der Schutz des Käufers durch actio emti.

a. die Evictionshaftung ex emto.

§ 5.

1. Rechtsgrund der Haftung ist der Kaufcontract, aus dem sie, solange sie nicht durch Parteiberedung ausgeschlossen wird, unmittelbar kraft Gesetzes fliesst: wer verkauft, übernimmt damit die Haftung für Eviction. Nicht handelt es sich um einen neben dem Kaufcontract hergehenden Garantieübernahmevertrag oder auch nur um ein diesbezügliches pactum adiectum.

2. Über die Voraussetzungen des Verfalls der Haftung ist zu sagen:

a. Subjective Erfordernisse in der Person des Verkäufers werden nicht aufgestellt. Es wäre wohl denkbar, dass die Haftung des Verkäufers von einem Verschulden seinerseits abhängig gemacht würde, sei es nun, dass man ein solches darin sehen würde, dass er den Vertrag abschloss, obwohl er den Mangel im Recht kannte oder kennen konnte, oder darin, dass er nicht die pflichtmässige Sorgfalt anwandte, um den Mangel zu beseitigen. Allein die Frage nach dem Verschulden wird nicht aufgeworfen. Es handelt sich um eine Garantiehaftung, der Verkäufer haftet, auch wenn ihn ein Verschulden nicht trifft, er haftet auch wenn er in gutem Glauben, ja wenn er in unüberwindlichem Irrtum sich befindet[1]).

Der Grund für diese Gefährdungshaftung wie für die ganze Gestaltung der Verkäuferverpflichtung ist in dem historischen Zusammenhang der actio emti mit der Evictionsstipulation und der actio auctoritatis zu suchen, welchen gleichfalls Garantiehaftung eigentümlich war[2]).

[1]) Hartmann, Oblig. Seite 201 f.; die Quellen sprechen vom periculum evictionis. l 19, l 21, l 26 C 8. 44 (45).

[2]) Weitere Gesichtspunkte macht M. Rümelin, Gründe der Schadens-

Massgebend für den Bestand der zu vertretenden Mängel ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses[1]). Für nachträglich entstehende Rechtsmängel, die nicht wenigstens im Keim schon zur Zeit des Vertragsschlusses gegeben waren, haftet der Verkäufer nur, wenn ihn bezüglich derselben ein Verschulden trifft.

b. Die objektiven Voraussetzungen gruppieren sich um den Begriff der Eviction: si quis evicerit, Entziehung des rechtlichen Habens der Sache beim Käufer oder einem Successor desselben als Folge eines Prozesses, in welchem ein Dritter, Besserberechtigter, über den infolge mangelhafter Rechtsverschaffung durch den Verkäufer schlechter berechtigten Käufer oder seinen Rechtsnachfolger nach fruchtlos ergangener Streitverkündung an den Verkäufer obsiegt[2]).

Grund der Entziehung muss das Recht eines Dritten sein. Der Verkäufer haftet nicht für den thatsächlichen Untergang der Sache, nicht für Dereliction durch den Käufer oder sonstigen von diesem zu vertretenden Verlust der Sache, nicht für gewaltsame Entreissung der Sache durch einen Dritten. Der Mangel im Recht muss seinen Grund allein in mangelhafter Rechtsverschaffung durch den Verkäufer haben. Der Verkäufer haftet nicht, wenn auch nur ein schuldhaftes Unterlassen seitens des Käufers hinzutritt. (Nichtunterbrechung einer laufenden Verjährung oder Ersitzung zu Gunsten eines Dritten, Nichtvollendung möglicher eigener Ersitzung).

Das Recht des Dritten muss ein solches sein, das zur Entziehung der thatsächlichen Herrschaft über die Sache

---

zurechnung 1896, Seite 16 (Verkehrsinteresse) und Seite 49, Anm. 96 (das entgeltliche Veräussern kann „als eine Gefährdung der Erwerber wegen der möglichen Eviction aufgefasst werden") geltend.

[1]) l 11 pr D 21. 2; nicht der Zeitpunkt der Übergabe wie Dernburg Pand. II, § 99, trotz des unzweideutigen futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem non pertinere der von ihm selbst wiedergegebenen l 11 pr. cit. meint.

[2]) Bezüglich des Folgenden ist durchweg auf die oben Seite 5 citierten Arbeiten von K. O. Müller und Bekker, sowie auf Windscheid § 391, II, Seite 626—637 zu verweisen.

führt. Ein solches Recht hat nicht nur der Eigentümer, sondern auch der publicianisch Berechtigte, wo er nicht dem Eigentümer gegenübersteht, ferner der Emphyteuta, Superficiar, Pfandgläubiger, Usufructuar, Gebrauchsberechtigte, Wohnungsberechtigte, aber auch persönlich Berechtigte z. B. beim Teilungsanspruch, Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, nicht dagegen beim Noxalanspruch[1]). Nicht gehaftet wird für Rechte Dritter, die nicht zur Entziehung führen, so besonders für Dienstbarkeiten[2]). Reallasten im eigentlichen Sinn kennt das römische Recht nicht, sie bleiben hier ausser Betracht[3]). Ein Unterliegen im Possessorium, das der Verkäufer zu vértreten hätte, ist nur denkbar, wenn dem Käufer kein juristischer Besitz verschafft wurde; dann aber hat der Verkäufer seiner Pflicht zum tradere nicht genügt und haftet deswegen; vergl. l 11 § 13 D 19. 1[4]). Dabei wirkt aber die Entziehung nur declaratorisch und ist nicht Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs wegen nichterfolgter Tradition. Was zu geschehen hat, wenn die Kaufsache extracommerciell ist und deswegen dem Käufer wieder verloren geht, sagen die Quellen nicht. Sie constatieren nur, dass gleichwohl der Kauf-

---

[1]) Wo die Haftung bezüglich desselben nicht ausdrücklich übernommen wurde. Bechmann I, Seite 394; A. M. Windscheid a. a. O., Seite 630. Anm. 25.

[2]) Da auch die ädilicischen Rechtsmittel nicht anwendbar waren, so fehlte hier dem Käufer, vom Fall des dolus und besonderer Zusagen abgesehen, jeder Schutz. Windscheid Seite 630, Anm. 28. Wie wenig dieses Resultat dem modernen Rechtsbewusstsein entspricht, zeigt besonders auch der Umstand, dass sich mit keiner Frage aus dem Gebiet des Evictionsrechts die gemeinrechtliche oberstrichterliche Judicatur so eingehend beschäftigt hat wie mit der eben berührten.

[3]) Wo etwas Ähnliches vorkommt, vergl. l 41 D 19. 1, greift dieselbe Behandlung ein, wie bei öffentlichen Lasten.

[4]) Ein Unterliegen im Besitzstreit, das in der Person des Vormanns seinen Grund hat, ist nur beim interdictum utrubi möglich, wenn der Nachfolger sich keine Besitzzeit aus der Person des Vormanns einrechnen kann, weil dieser nicht juristischer Besitzer war, und der Nachfolger deshalb unterliegt; ferner in allen den Fällen, wo der Verkäufer clam ab altero besass.

contract gültig sei[1]), sowie dass der Verkäufer, der den Käufer getäuscht habe, dafür hafte. l 62 § 1 D 18. 1. Eine Evictionshaftung kommt nicht in Betracht, da keine Eviction denkbar ist. Die ädilicischen Rechtsmittel sind ebenfalls unanwendbar, da Extracommercialität kein Sachmangel, sondern höchstens ein Mangel im Recht ist. Somit trägt mangels anderer Entscheidungen in den Quellen, von dolus und Zusagen des Verkäufers abgesehen, der Käufer die Gefahr der Extracommercialität. Ebenso liegt es, wenn durch Verfügungen der Obrigkeit schon vor Abschluss des Kaufvertrags die Möglichkeit späterer Entziehung der Sache begründet war. Doch ist hier eine Eviction dann denkbar, wenn die Verfügung der Staatsgewalt einem Dritten ein Recht auf die Sache giebt, vermöge dessen er ein Evictionsurteil zu erstreiten vermag[2]). Auch öffentliche Abgaben und Lasten hat der Verkäufer nicht zu vertreten, es sei denn, dass er unzutreffende Angaben in Betreff derselben gemacht hat oder in dolo ist[3]).

Evinciert sein muss nicht die ganze Sache; die actio emti auf Leistung des Evictionsinteresses hat auch statt, wenn nur ein Teil oder nur Accessionen oder nur Früchte evinciert werden[4]).

Damit Evictionsregress statt habe, muss das Recht des Dritten zu einem Sieg des Dritten im Prozess um die Sache geführt haben. Man hat das Erfordernis der res per iudicem ablata vielfach in Abrede gezogen, mit Recht vielleicht, wenn man das gemeine Recht, mit Unrecht gewiss, wenn man das römische Recht dabei im Auge hat. Für die Notwendigkeit des Prozesses spricht die historische Entwicklung der Evictions-

[1]) Allerdings nicht einmütig. Es finden sich auch Stellen, die auf dem entgegengesetzten Standpunkt stehen. Die Meinungen in der Litteratur sind geteilt. Vergl. oben Seite 14, Anm. 2.

[2]) So erklärt sich das „casus evictionis“ im Zusammenhang der l 11 pr D 21. 2.

[3]) l 9 C 4. 49; l 13 § 6 D 19. 1 Bekker, Seite 276.

[4]) Bekker, Seite 268 ff. Windscheid, Seite 631. Anm. 29 und 30.

haftung ex emto aus der streng formellen Evictionsstipulation, und mittelbar aus der actio auctoritatis, sowie der römische Conservativismus, für dieselbe spricht ferner das Wort evictio, für dieselbe sprechen endlich eine Reihe von Stellen, teils indirect, indem der Regress verweigert wird im Fall der Entziehung durch einen Schiedsspruch l 56 § 1 D 21. 2, teils direct, in l 17 C 8. 44 (45). Doch greift eben hier modifizierend das Princip der bona fides ein; Äusserungen desselben stellen l 29 pr D 21. 2, l 13 § 15 D 19. 1 dar. Damit wird aber das gesamte Recht der Eviction durchbrochen, nicht blos in einem einzelnen Punkt erweitert. Übrigens sind jene Äusserungen casuistisch und wenig zahlreich. Wenn darum auch Ausnahmen bestehen, so ist doch das Erfordernis des Prozesses als solches nicht fallen gelassen; jene Ausnahmen sind Ausnahmen nicht sowohl vom Erfordernis des Prozesses als vom Recht der Eviction überhaupt[1]). Es wird deshalb am Erfordernis des Prozesses festzuhalten sein.

Das Gleiche gilt von dem Erfordernis der Streitverkündung an den Verkäufer in dem einmal (vom Käufer oder dem Dritten) erhobenen Evictionsprozess. Die Streitverkündung ist Bedingung des Evictionsregresses[2]), nicht etwa nur bedeutsam für die Verteilung der Beweislast im Prozess über die Evictionshaftung. Der Verkäufer hat ein Recht auf Streitverkündung. Missachtung dieses Rechts hat den Verlust des Evictionsregresses zur Folge. Billigkeitsausnahmen werden auch hier gemacht. Auch kann der Verkäufer auf sein Recht verzichten l 63 pr.

[1]) Die sonst noch für die entgegengesetzte Ansicht angeführte l 11 § 12 D 19. 1 muss nicht notwendig auf einen Evictionsanspruch bezogen werden. Die actio noxalis geht auf Schadensersatz oder Herausgabe. Es ist wohl möglich, dass l 11 § 12 cit nur die Ersatzleistung im Auge hat. Eine Entziehung käme dann gar nicht in Frage. Es liegt daher nahe, anzunehmen, dass die stipulatio, von der die Rede ist, nicht die Evictionsleistung, sondern die nicht seltene Zusage des furtis noxisque solutum esse, und die erwähnte actio emti die Verfolgung dieser Zusage zum Gegenstand hat.

[2]) Vergl. auch Protoc. der Dresdener Kommission. Dresden Meinhold Söhne Seite 524.

D 21 2; er verliert es, wenn er sich dolos der Streitverkündung entzieht, 155 § 1, 156 § 5 D 21. 2; sein Recht cessiert, wenn Streitverkündung nicht möglich ist, 156 § 6 D 21.2; 129 C 8.44 (45)[1]).

Regresspflichtig ist in der Regel nur der unmittelbare Vormann und seine Erben; jeder Käufer mag sich bei seinem auctor erholen; ein springender Regress findet nicht statt[2]). Voraussetzung für den Regress der Vormänner ist, dass bei einem der Nachmänner evinciert wurde. Dass der Regredient selbst schon in Anspruch genommen sei, ist nur Voraussetzung bei der actio emti auf Ersatz des Interesses, da sich anders wohl ein Interesse nicht liquidieren lässt; es ist nicht Voraussetzung bei der actio ex stipulatu, deren auf einen festen Betrag gestelltes Petitum zwar materiell ebenfalls den Charakter einer Interesseleistung trägt, formell aber, weil abstrakt lautend, von dem Zutreffen dieser Eigenschaft unabhängig ist[3]). Anders dann, wenn auch in der Stipulation auf das Interesse abgestellt ist[4]). Beim Pfandverkauf geht die Entwicklung des römischen Rechts dahin, dass für Eviction nur der Verpfänder haftet,[5]) nur dolus und Zusagen können eventuell auch eine Haftung des veräussernden Pfandgläubigers bewirken, wenn

---

[1]) Die dem Ausgeführten meist entgegengehaltene Stelle 1 53 § 1 D 21.2 sucht nur die Wirkung der Unterlassung der Streitverkündung auf präsumtiven dolus zurückzuführen, um sie dadurch zu erklären und zu rechtfertigen, wahrscheinlich im Hinblick auf einen concreten Fall. Eine Folgerung in der Richtung: Streitverkündung ist nur dann notwendig, wenn es dolos wäre, sie zu unterlassen, geht jedenfalls zu weit und ist eben darum wertlos. Und doch ist dies der prinzipielle Gehalt der Stelle. Es wäre daher unrichtig, dieselbe zu verallgemeinern.

[2]) Windscheid § 391 Ziff. 4 II, Seite 632.

[3]) Vergl. 1 71 D 21. 2: Der Vater ist nicht in Anspruch genommen worden, hat seinerseits kein Evictionsinteresse zu ersetzen gehabt und doch soll die Stipulation seines auctor verfallen, lediglich um des, jedenfalls durante matrimonio, rein immaterialen Interesses willen: filiam dotatam zu haben.

[4]) Dies war jedenfalls später die Regel. Vergl. die Urkunden bei Bruns a. a. O., s. o. Seite 9, Anm. 2.

[5]) M. Rümelin, kritische Vierteljahrsschrift Bd. 31, Seite 452 ff über G. Scharff, die Lehre vom Gewährerlass.

sie in seiner Person gegeben sind[1]); auch steht dem Käufer gegen den verkaufenden Pfandgläubiger eine exceptio rei venditae et traditae zu, l 10 D 20. 5.

Der Evictionsanspruch ist begründet, wenn die Sache auf Grund des Urteils im Evictionsprozess thatsächlich entzogen ist, nicht schon mit dem Erlass des Evictionsurteils. Erst mit der Entziehung beginnt die Verjährung des Evictionsanspruchs zu laufen; geht die Sache in der Zeit zwischen dem Erlass des Urteils und der thatsächlichen Entziehung beim Käufer casuell unter, so entsteht kein Evictionsanspruch[2]). Der Zeitpunkt der Entziehung ist auch massgebend für die Berechnung des Evictionsinteresses.

3. Ziel des Evictionsanspruchs ex emto ist lediglich die Leistung des Interesses, nicht etwa die Herstellung des habere licere, nicht die Anfechtung des Vertrags, nicht der Rücktritt vom Vertrag[3]), es wird auch keine condictio ob causam datorum gegeben, da diese eine Verpflichtung zum dare (zur Eigentumsverschaffung) voraussetzen würde[4]). Die Berechnung des zu ersetzenden Schadens geschieht nach den allgemeinen Grundsätzen. Zu ermitteln ist das volle, positive Interesse. Auszugehen ist von dem Interesse, das der Käufer daran hat, dass die Entwehrung nicht geschehen sei[5]). Hat der Käufer den Dritten, Evictionsberechtigten, durch Zahlung der litis

---

[1]) l 11 § 16 D 19. 1; l 1 und 2 C 8, 45 (46); SA. Bd. XX, Nr. 118.

[2]) Vergl. die Äusserungen in der Dresdener Kommission, die sich in bewussten Gegensatz zum römischen Recht stellte. Protoc. Seite 500, 501.

[3]) Die gemeinrechtliche Judicatur hat oft Anlass genommen, den Gedanken an eine Redhibitionsklage zurückzuweisen, vergl. z. B. SA. Bd. XXXV, Nr. 109. Bei dolosem Verhalten des Verkäufers glaubte man noch in der Dresdener Kommiss. Protoc. Seite 520 ff aus l 30 § 1 D 19. 1 einen Anspruch des Käufers auf Auflösung des Vertrags entnehmen zu dürfen. Allein l 30 § 1 cit enthält nichts, was zu dieser Aufstellung berechtigt. Es ist nur von einem Anspruch auf Interesseersatz die Rede, der von der Voraussetzung der Eviction losgelöst wird, nicht von einer Auflösung des Vertrags.

[4]) M. Rümelin a. a. O, Seite 452, gegen G. Scharff.

[5]) Windscheid § 391 Ziff. 5 II, Seite 632 und Anm. 33 das.

aestimatio oder sonst wie abgefunden[1]), so ist gleichwohl nicht notwendig die Abfindungssumme Gegenstand des Evictionsanspruchs, ebensowenig wie ein Verzicht des Dritten auf seine actio iudicati den Verkäufer befreit, wenn der Verzicht nicht gerade zu dem Zweck geschieht, denselben zu befreien. Die Höhe des Interessebetrags findet ihre Grenze im alterum tantum des Kaufpreises l un. C 7. 47[2]). Über den für die Berechnung massgebenden Zeitpunkt s. o. S. 23.

4. Der Evictionsanspruch cessiert:

a) wenn der Käufer beim Abschluss des Kaufvertrags den Mangel im Recht des auctor kannte l 18, 27 C 8. 44 (45); l 7 C 3. 38. Doch steht nichts im Weg, gleichwohl eine Stipulation vorzunehmen. Das Kennenmüssen wird dem Kennen nicht gleichgestellt. Kenntnis des Mangels zur Zeit der Sachübergabe ist einflusslos;

b) in dem speziellen Fall der l 2 § 1 D 44. 5;

c) wenn dem Kauf in continenti ein pactum de non praestanda evictione beigefügt wurde; dieses entband den Verkäufer von der Leistung des Evictionsinteresses nach erfolgter Eviction; von der Verpflichtung zur Rückgabe des Kaufpreises entband es ihn nicht[3]).

b. die von der Voraussetzung der Eviction losgelösten Anwendungsfälle der actio emti.

§ 6.

1. Symptomatisch erscheint schon die Entschiedenheit, mit der in den Quellen eine Verpflichtung zum eius facere

[1]) In diesen Fällen wird die Erfüllung des Erfordernisses der thatsächlichen Entziehung fingiert, vergl. l 21 § 2 D 21. 2.

[2]) So Fr. Mommsen, Beiträge I, Seite 235—238. A. M. Windscheid, § 391, Anmerk. 33 II, Seite 632, vergl. mit § 258. Anm. 9 II, Seite 53 (alterum tantum des Sachwerts).

[3]) l 11 § 18 D 19. 1. Vergl. über diese Stelle Vangerow 7. Aufl., § 610, Anm. 5 III, Seite 324, jetzt M. Rümelin a. a. O. Seite 453 mit G. Scharff,

zurückgewiesen und das evictione teneri in den Vordergrund gestellt wird (s. ob. S. 15 Anm. 5 z. § 4). Die Nachdrücklichkeit, mit welcher jene erste Meinung bekämpft wird, gestattet den Schluss, dass dieselbe zuvor nicht ohne Erfolg geltend gemacht worden war.

2. Eine Loslösung der actio emti von der Voraussetzung der Eviction, ohne dass es sich übrigens schon um eine Durchsetzung der positiven Verpflichtung ex bona fide handeln würde, findet statt bei dolus oder Zusagen des Verkäufers; l 11 § 18, l 30 § 1, l 45 § 1 D 19. 1; l 21 pr D 21. 2. Um die infamierende Wirkung der actio doli zu vermeiden, gab man hier die Contractsklage. Die entsprechende Behandlung der Zusagen ist eine nicht seltene Erscheinung.

3. Dagegen bewegte man sich schon in der Richtung der Loslösung vom Evictionsprinzip, wenn man die actio emti gab, wo die stricti-iuris-Natur der Stipulation eine Anwendung des Evictionsprinzips nicht gestattet hätte, und noch mehr, wenn man die actio emti zuliess, wo eine Eviction im wörtlichen Sinn ausgeschlossen war. Solche Fälle liegen vor:

a) wenn der Verkäufer nicht nur für die Eviction der Sache selbst, sondern schon für diejenige von Accessionen und Früchten oder für die der partus ancillae haftet l 8, l 43 D 21. 2[1]).

b) Der Käufer, welcher nachträglich ex causa lucrativa das Eigentum erwirbt, kann nunmehr mit der actio emti gegen seinen Verkäufer Regress nehmen, Paul S. R. II 17 § 8, l 13 § 15 D 19. 1; l 19 D 44. 7; l 9, l 41 § 1 D 21. 2[1]), obwohl eine Eviction weder stattgefunden hat noch auch stattfinden kann. Man begründet dies gewöhnlich so, dass der Ver-

Lehre vom Gewährerlass: der erstere constatiert einen unlöslichen Widerspruch zwischen Julian und Ulpian, die letzteren geben eine Meinungsverschiedenheit der beiden Juristen nur bezüglich der Vergleichung mit dem Hoffnungskauf zu, während sie im übrigen Übereinstimmung annehmen. Richtig schon württ. LR. II T 15, § 2.

[1]) l 42 D eod. hat die Stipulationsklage im Auge.

käufer so hafte, als ob die Entwehrung schon erfolgt wäre[2]). Aber gerade die Abweichung von den ursprünglichen Erfordernissen der Evictionshaftung zeigt das Wirken der bona fides[3]).

4. Der Käufer darf den noch nicht bezahlten Kaufpreis zurückhalten, sobald ein Prozess um die Sache, der zur Eviction derselben führen kann, im Gang ist[4]): l 19 (18) § 1 D 18. 6; l 24 C 8. 44 (45). Hierbei weist die letzte Stelle deutlich auf eine dem Käufer zustehende exceptio non adimpleti contractus, wobei die nichterfüllte Verpflichtung nicht eine solche zum habere licere, das gar nicht in obligatione ist, sondern nur jene bonae fidei Verpflichtung wäre[5]).

5. Noch weiter scheinen l 43, l 45 § 2 D 19. 1, l 35 § 4 D 18. 1 zu gehen. Diese Stellen geben Windscheid[6]) Anlass zur Aufstellung des Satzes: „Der Käufer hat einen Anspruch schon dann, wenn ihm etwas entgeht, was er gehabt haben

---

[1]) Eck, Seite 31 f; Windscheid § 389, Anm. 8e II, Seite 611.

[2]) Dresdener Entw. revid. Beschlüsse, 1. Lesung, Art. 167.

[3]) Kohler a. a. O. Seite 249 meint, der Käufer habe nur einen Anspruch auf recuperatio pretii gehabt und vermutet hinter der Contractsklage eine condictio sine causa, ebenso Fr. Mommsen, Beiträge I, Seite 260, Hellmann Arch. f. d. civ. Prax., Bd. X C, Seite 394 (condictio causa finita); vergl. dagegen Hartmann, Oblig. Seite 104. Die citierten Stellen geben keinen Anhalt für Kohlers Ansicht. Auffallend ist, dass die Quellen consequent von actio emti, nirgends von einer condictio reden. Auch wäre nicht erfindlich, warum der Eintritt des lucrativen Erwerbs erfordert wird, da doch der Käufer schon durch die Zahlung des Kaufpreises ungerechtfertigt bereichert wird, und nicht einzusehen ist, wie er es durch den Erwerb, den der Käufer macht, erst werden sollte.

[4]) Man hat mit Unrecht in der gemeinrechtlichen Judicatur das quaestione mota mit „bei drohender Eviction“ wiedergegeben. SA. I, Nr. 49. 50; etwas anders SA. Bd. XIII, Nr. 15. 88. Bekker, Seite 323 f., 332 f.

[5]) Unbedenklich ist die Annahme einer exc. non ad. contr. nicht. Vergl. SA. Band XIV, Nr. 232. Entgegensteht gerade auch die Bestimmung „quaestione mota“: weil doch Eviction nahe bevorsteht, soll der Käufer nicht mehr nötig haben, vor der definitiven Entscheidung über die Eviction den Kaufpreis zu zahlen. Im gemeinen Recht neigte man mehr zur Construction einer exceptio doli generalis.

[6]) II § 389, Seite 611.

würde, wenn der Verkäufer in der Lage gewesen wäre, ihm das volle Recht an der Sache zu verschaffen.“ Allein das würde eine Haftung für Rechtsverschaffung bedeuten, die dem römischen Recht fremd ist. Nur soviel darf den genannten Stellen entnommen werden, die bona fides[1]) kann im Einzelfall auch das Einstehen für Rechtsverschaffung verlangen, ohne dass es der Eviction bedürfte. Damit steht im Einklang, dass der Kauf Titel für den Eigentumserwerbsgrund der Ersitzung und causa für das Eigentumsübertragungsgeschäft der Tradition ist. Mehr als das sagt auch l 80 § 3 D 18. 1 nicht. Die bona fides kann es mit sich bringen, dass vom Verkäufer Eigentumsverschaffung verlangt wird. Der Verkäufer als solcher haftet nicht für Eigentumsverschaffung.

2. Der Schutz des Käufers durch actio ex stipulatu.

§ 7.

1. Auch nachdem der formlose Kauf rechtliche Anerkennung gefunden hatte, war es möglich und allgemein üblich eine Evictionsstipulation vorzunehmen[2]). Bei der Rechtsverfolgung trat sogar die actio emti subsidiär hinter die actio ex stipulatu zurück. Ein rechtlicher Zwang zur Stipulations-

---

[1]) Wenn hier von bona fides, bonae-fidei-Prinzip und dergl. die Rede ist, so ist zu beachten:

1. es handelt sich nicht um ein von den Römern bewusst gehandhabtes Prinzip, sondern um die einer Anzahl scheinbar casuistischer Entscheidungen unbewusst gemeinsame Grundrichtung;

2. auch die Evictionshaftung ex emto ruht auf der bona fides, auch sie bedeutet einen Fortschritt zur Billigkeit gegenüber der Starrheit der Stipulationsregeln, auch die Evictionshaftung wird vom iudex auf die Formelworte quidquid ex bona fide etc. gegründet. Demgegenüber zeigt aber das schliesslich auftretende relative Verschaffungsprinzip eine weitere Wirkung des bonae-fidei-Gedankens, die dahin tendiert, das Evictionsprinzip zu beseitigen.

[2]) Zum Folgenden vergl. Bechmann I Seite 665 ff. 664. v. Salpius Novation und Delegation 1864, Seite 222—224.

eingehung bestand anfangs gleichwohl nicht. Es war dem Käufer überlassen, den Abschluss des Kaufvertrags von vorgängiger Abgabe des Stipulationsversprechens abhängig zu machen. Erst das ädilicische Edict[1]) bestimmte, dass eine auf Stipulationsvornahme bezügliche Zusage des Verkäufers auch nachträglich, nach Abschluss des Kaufvertrags und nach Vollziehung desselben in der Tradition, nötigenfalls zwangsweise, zur Ausführung gebracht werden könne.

Schon beim Beginn der classischen Periode kann jedoch die Vornahme der Stipulation, auch ohne dass eine Zusage in dieser Richtung vorhergeht, ohne weiteres aus den Contract gefordert werden. Wird die Abgabe des Stipulationsversprechens desungeachtet verweigert, so wird es doch so gehalten, als ob dieselbe erfolgt wäre: nach erfolgter Eviction steht dem Käufer die actio ex stipulatu zu. l 37 pr. u. besonders l 2 D 21. 2. Immerhin aber musste das Versprechen vom Käufer gefordert, vom Verkäufer verweigert sein[2]).

2. Der Wortlaut der Stipulation war mit gutem Bedacht so formuliert, dass der Verkäufer versprach: si quis evicerit —, quominus emptorem — habere possidereque recte liceat, tunc quantum id erit, quod ita ex eo evictum fuerit, tantam pecuniam duplam dari[3]). Es war den römischen Juristen[4]) klar, dass man die Verpflichtung zu Handlungen oder Unterlassungen, die möglicherweise von Dritten abhängen, nicht übernehmen könne. Deshalb wäre auch die Eingehung einer Verpflichtung zum habere licere widersinnig und nutzlos gewesen: dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum l 38 § 1 D 45. 1. An Stelle derselben tritt daher von vorn herein das Versprechen zum Ersatz des Evictionsinteresses. Das habere licere ist nicht in obligatione.

3. Was die Voraussetzungen des Stipulationsverfalls be-

[1]) Bechmann I, Seite 666, 664.

[2]) Noch weiter geht Kohler a. a. O. Seite 247 f.

[3]) Bei Bruns a. a. O.

[4]) l 38 D 45. 1, l 83 D 45. 1.

trifft, so gilt im wesentlichen dasselbe, wie bei der Evictionshaftung ex contractu, nur dass, entsprechend dem Charakter der Verbalobligation, im einzelnen streng der Wortlaut der Stipulation massgebend ist, womit eine ausdehnende Interpretation nach Billigkeitsgesichtspunkten entfällt. Infolge dessen ist der Wirkungskreis der actio ex stipulatu ein engerer als derjenige der actio emti. Nur wenn der Stipulation ein besonderer, dem Contract fremder Inhalt gegeben wird, kann es vorkommen, dass eine actio ex stipulatu zusteht, wo die actio emti nicht Platz greift. [1])

Erfordert wird im einzelnen, im Gegensatz zur actio emti, stets wirklich eingetretene Entziehung [2]). Diese Entziehung muss die Folge eines Rechtsstreits sein, in welchem ein Dritter mit seinem Recht auf Entziehung trotz erfolgter Streitverkündung an den Verkäufer obgesiegt hat [3]). Evinciert sein muss die im Wortlaut der Stipulation bezeichnete Sache selbst; es genügt nicht, wenn Früchte, Accessionen, partus ancillae, die in der Stipulation nicht aufgeführt sind, entzogen werden [4]). Bei Teilevictionen kommt es darauf an, ob ein Bruchteil, ein Bestandteil oder ein körperlicher Teil (pro diviso) evinciert ist. Bei Eviction eines Bestandteils functioniert einzig die actio emti [5]). Bezüglich der Eviction des Bruchteils herrscht Streit, [6]) doch wird man die Zulässigkeit beider Klagen annehmen müssen, ebenso bei der Eviction körperlicher Teile [7]).

[1]) Vergl. l 4 § 5 D 44. 4. Allerdings handelt es sich dann nicht mehr um eine Evictionshaftung.

[2]) Eine scheinbare Ausnahme findet statt, wenn der Käufer nur deswegen den Besitz der Sache nicht verliert, weil er sich durch Zahlung der litis aestimatio von der Naturalrestitution befreit hat, vergl. l 21 § 2 D 21. 2.

[3]) l 24 D 21. 2; l 9 D eod. Ausnahmen nur l 55 § 1, l 56 § 5 und 6 D 21. 2.

[4]) l 43 D 21. 2.

[5]) l 23 § 1 D 41. 3. Windscheid § 391 Anm. 29 II Seite 631.

[6]) Windscheid a. a. O. A. M. Bekker Seite 268 ff. Vergl. l 1, l 39 § 2, l 56 § 2, l 64 pr § 2, D 21. 2. l 56 § 2 D 21. 2 handelt zweifellos nicht von Bruchteilen.

[7]) l 1, l 64 § 3 D 21. 2. Windscheid a. a. O.; bei der Eviction von

Daneben hatte die Stipulationsklage für den Käufer vor der Contractsklage alle Vorteile voraus, die das stricti-iuris-iudicium für den Kläger mit sich brachte: Vereinfachung des thema probandum, schnellere Erledigung, Unempfindlichkeit gegen lediglich der bona fides entnommene Verteidigungsgründe des Beklagten. Dadurch erhielt die actio ex stipulatu die Schärfe und Durchschlagskraft, die allein die Thatsache erklärt, dass trotz ähnlicher Funktionen die actio ex stipulatu neben der actio emti nicht abstarb.

4. Das Ziel der Klage bestimmte sich nach ihrem Wortlaut, der meist auf das duplum, sei es des Sachwerts sei es (dies war die Regel) des Kaufpreises abgestellt war, aber auch auf mehr gehen konnte. Die Grenze der l un. C 7. 47 bindet die Stipulation nicht[1]), es sei denn, dass diese, was ebenfalls möglich ist, schlechthin auf Ersatz des Interesses lautete. Massgebend für die Abschätzung des Interesses, wo eine solche praktisch wird, ist bei der actio ex stipulatu nicht der Zeitpunkt der Entziehung, sondern derjenige der Versprechensabgabe, der in der Regel mit dem des Kaufabschlusses sich verband[2]).

III. Besonderheiten der Evictionshaftung beim Forderungskauf und beim Genuskauf.

§ 8.

1. Beim Forderungskauf ist Rechtsgrund der Haftung der Kauf, die materielle causa, nicht etwa das Cessionsgeschäft, das, wie die Tradition beim Sachkauf, nur der Übertragung

körperlichen Teilen eines Grundstücks (certus locus) gilt noch eine Besonderheit bezüglich der Berechnung der Regresssumme l 1, l 64 § 2 D 21. 2.

[1]) Eck, Seite 19.

[2]) Windscheid § 391, Anm. 34 II, Seite 632; l 15 pr vergl. m. l 13, l 64 pr D 21. 2 legt den Gedanken nahe, dass der angegebene Zeitpunkt nur bei Teilevictionen (pro diviso und pro indiviso) massgebend sei, aber dafür fehlt es an jedem vernünftigen Grund; eher ist l 15 cit auf eine actio emti zu beziehen.

des Forderungsrechts dient. Für die Gestaltung der Haftung beim Forderungskauf von ausschlaggebender Bedeutung ist der Umstand, dass hier dem Verkäufer, anders als beim Sachkauf, die Kenntnis wie des Entstehungsthatbestands, so auch der Existenz und Zuständigkeit des zu veräussernden Rechts zugemutet werden kann. Das Forderungsrecht wird, im Gegensatz zum Sacheigentum, durch seinen Entstehungsthatbestand individualisiert, in der Person des Schuldners bietet es dem jeweiligen Gläubiger eine authentische Auskunftsperson, um sich über Existenz und Umfang seines Rechts zu vergewissern. Dazu kommt endlich, dass der Schwerpunkt des Forderungsrechts nicht in seinem ungestörten und unbestrittenen Besitz liegt, sondern in seiner Durchsetzung gegenüber dem Schuldner. Gewiss ist auch das Recht als solches Wertobjekt, namentlich im modernen Verkehr, aber sein Wert ist durchweg abhängig von der Aussicht auf seine Befriedigung. Auf die letztere hat sich darum auch die Haftung des Verkäufers zu concentrieren [1]).

Im einzelnen gilt [2]): der Verkäufer einer Forderung hat einzustehen

a) für die Existenz (sog. Verität) der Forderung und zwar auch dann, wenn die Forderung schon zur Zeit des Kaufabschlusses nicht existierte, also eine anfängliche, objective Unmöglichkeit der Leistung gegeben war [3]).

b) für die rechtliche Exigierbarkeit d. h. für die Abwesenheit von Einreden, sofern dieselben nicht in der Person des

---

[1]) Forderungen auf den Inhaber, für welche das Gesagte nicht zutrifft, waren dem römischen Recht fremd.

[2]) Vergl. l 4. 5. D 18. 4; l 74 § 3 D 21. 2. Windscheid § 397, Anm. 2 und 3 II, Seite 668 vergl. m. § 336 Anm. 3 II, Seite 364.

[3]) Vergl. über diese Ausnahme von dem Grundsatz impossibilium nulla obligatio: Hartmann Oblig. Seite 179 ff., Brinz kritische Überschau V, Seite 295—299. Die Motive z. I. Entw. Bd. II, Seite 177 nehmen bloss subjective Unmöglichkeit an, Scherer, Commentar z. BGB. (Erlangen Palm und Enke) R. d. Schuldverhältn. Seite 93, z. § 275 vergleicht den Fall mit dem Verkauf einer fremden Sache; vergl. ferner Windscheid § 315 Anm. 4 II, Seite 268.

Käufers entstanden sind (SA. Bd. XXXIII No. 218). Er haftet nicht für die thatsächliche Exigierbarkeit (sog. Bonität der Forderung, gemeint Solvenz des Schuldners, Erreichbarkeit desselben etc.), nicht für Bürgen und Pfänder, es sei denn, dass bezüglich dieser die Haftung ausdrücklich übernommen oder eine bindende Zusage gegeben wurde, oder dass der Verkäufer arglistig gehandelt hat.

Das Rechtsmittel des Käufers ist die actio emti. Sie geht auf Ersatz des Interesses. Da es sich um eine Haftung aus dem Kauf, nicht aus der Cession handelt, versteht es sich von selbst, dass als Wert der Forderung nicht ihr Nennwert, sondern ihr Verkaufswert in Anschlag zu bringen ist.

Der Verfall der actio emti hat an sich keine Eviction, keine Geltendmachung fremden Rechts, keinen Prozess mit einem Dritten zur Voraussetzung. Kommt es zu einem solchen Prozess, so ist es ein Recht, nicht eine Pflicht des Käufers, seinem auctor den Streit zu verkünden[1]). Auch eine vorgängige Ausklagung des debitor cessus wird nicht erfordert. Doch liegt es im Interesse des Käufers eine solche vorzunehmen, da er in diesem Fall seiner Beweispflicht am besten wird genügen können. Formales Erfordernis ist die Ausklagung nicht. Der Verkäufer haftet, sobald auf irgend welche Weise feststeht, dass er seiner Verpflichtung nicht genügt hat. Verpflichtet aber ist er zur Verschaffung einer bestehenden Forderung. Debitorem esse praestat, nisi alind convenit.

2. Das römische Recht hat die Lieferung von Genussachen gegen Geld nicht als Kauf behandelt[2]), sondern als Rechtsgeschäft eigener Art, wobei die Frage der Evictionshaftung unerörtert bleibt. Anders das gemeine Recht[3]). Hier ist die Kaufnatur des erwähnten Geschäfts unbestritten. Gleichwohl wird in der gemeinrechtlichen Litteratur gerade im Punkt der Evictions-

[1]) SA. Bd. XVI, Nr. 204.

[2]) Bechmann II, Seite 331, Anm. 4.

[3]) Das hier ausnahmsweise im Anschluss sofort berücksichtigt werden soll, wodurch sich ein nochmaliges Eingehen auf dasselbe in § 10 erübrigt.

haftung von einem Teil der Schriftsteller[1]) eine Sonderstellung des Genus- oder Lieferungskaufs mit Energie vertreten. Die Meinungsverschiedenheit hängt zusammen mit dem Streit über die Wirkung der Leistung bei der Genusobligation. Hier stehen sich folgende Ansichten gegenüber:

a) der Unterschied der Genusobligation von der Speciesschuld besteht lediglich in einer relativen Unbestimmtheit des Leistungsgegenstands, indem dieser nur nach solchen Merkmalen bestimmt ist, die ihn nicht vollständig individualisieren. Diese Unbestimmtheit wird aber beseitigt durch die nachfolgende Concentration der Obligation durch die Leistung eines individuellen Gegenstands[2]). Mit der Concentration schwindet daher auch die Besonderheit der Genusschuld, die Leistung ist eine Speciesleistung, auf welche die Evictionsgrundsätze uneingeschränkt Anwendung finden[3]).

b) Bechmann a. a. O. betrachtet beim Genuskauf die gelieferte Sache gar nicht als „Kaufobjekt" sondern als „Mittel der Erfüllung," das dann versage, wenn mit ihm nicht „der volle rechtliche Erfolg" verbunden sei. Die Leistung sei solchenfalls keine Erfüllung, „oder anders ausgedrückt, die Erfüllung ist wesentlich Eigentumsübertragung. Das Evictionssystem hat für das Lieferungsgeschäft keinen Sinn."

Die Entscheidung wird im Sinn der ersteren Meinung ausfallen müssen.

Es ist eine petitio principii zu sagen, der Verkäufer von Gattungssachen erfülle nur, wenn er Eigentum verschaffe, da hierbei, was zu beweisen ist, vorausgesetzt wird, nämlich die Pflicht zur Eigentumsverschaffung. Aber auch, wenn eine solche anerkannt wäre, würde sie Bechmanns Ansicht nicht recht-

[1]) Besonders Bechmann II, Seite 332.

[2]) Jhering, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 4. Seite 366 ff., Bekker in seinen und Muthers Jahrb. d. gemein. Rechts Bd. V, Seite 351 ff. Die Erörterungen der Genannten gelten vornehmlich der hier nicht zu behandelnden Frage, welches Moment die Concentration bewirke (Ausscheidung, Lieferung).

[3]) So Windscheid § 391 II, Seite 633 und Anm. 37a daselbst.

fertigen. Allerdings würde solchenfalls, wer das Eigentum nicht verschafft hat, nicht erfüllt haben. Daraus ergiebt sich aber nur ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, nicht aber schon ein Anspruch auf Leistung einer andern Sache gleicher Art; in wieweit Schadensersatz geleistet werden kann oder muss durch anderweitige Herstellung des Zustands, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen, die für Genus- und Speciesobligationen gleichermassen Anwendung finden (jetzt B. G.-B. §§ 249—251).

Der Satz genus non perit ist hier ohne Einfluss, da er nur die Zeit vor der Concentration betrifft. Richtig ist nur, dass der Mangel i. R. der angebotenen Sache den Gläubiger zur Annahmeverweigerung berechtigt, wodurch eine Concentration gerade auf diese Sache verhindert wird. Insoweit, und nur insoweit, besteht allerdings eine Besonderheit für die Genusobligation, indem statt der zurückgewiesenen eine andere Sache der geschuldeten Art gefordert werden kann, während bei Speciesobligationen nur der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung bliebe.

3. Besonderes gilt endlich noch für den Erbschaftskauf. Der Verkäufer einer Erbschaft „haftet nicht wegen Entwehrung einzelner Erbschaftssachen, wenn er in dieser Richtung keine Garantie übernommen hat; wohl aber steht er ein für den Bestand des Erbrechts, auf Grund dessen er veräussert hat.“ [1])

IV. Die Eviction bei anderen Rechtsgeschäften.

§ 9.

Das Evictionssystem des römischen Rechts ist dem Kauf eigentümlich und analogen Geschäften fremd [2]). Die historische Entwicklung der Evictionshaftung aus dem Mancipationsritual

[1]) Windscheid, § 621, Ziff. 2 i. f, 7. Aufl. III, Seite 426 und Anm. 17—19 daselbst.

[2]) Kohler, Seite 252.

und der Evictionsstipulation heraus erweist dieselbe als eine Eigentümlichkeit des Kaufs. Selbst in den dem Kauf analogen Fällen (l 15 D 42. 4) ist die Eviction nirgends Voraussetzung für einen Regress gegen den dem Verkäufer entsprechenden Vertragsteil, sondern nur declaratorisch für die Thatsache der Nichterfüllung eines positiv gefassten Leistungsinhalts. Nur bei der in solutum datio greifen in weiterem Umfang auch rechtliche Analogien mit dem Kauf Platz[1]).

D. Das gemeine Recht.

§ 10.

I. Theorie und Praxis des gemeinen Rechts glaubten in unserer Lehre, von Abweichungen im einzelnen abgesehen, durchaus auf dem Standpunkt des römischen Rechts zu stehen. Thatsächlich hatte man diesen Standpunkt nicht unerheblich modifiziert.

Der grundsätzliche Unterschied bestand darin, dass man im gemeinen Recht das habere licere als Inhalt der primären Verpflichtung des Verkäufers in den Vordergrund stellte, während demselben im römischen Recht nur die Bedeutung einer Reflexwirkung der Evictionshaftung zukam (s. ob. Seite 13 f.). Damit hing zusammen, dass man den Inhalt des habere licere, der sich nach römischem Recht im Nichthervortreten der Eviction erschöpfte, in eine Berechtigung zum haben umdeutete und hiernach also ein absolutes Mass von Recht forderte, wenn man auch davon Abstand nahm dasselbe mit einem typischen subjectiven Recht, insbesondere etwa mit dem Eigentum, zu identificieren[2]).

Man verneinte ausdrücklich eine Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung in gewolltem Gegensatz zu

[1]) Vergl. Windscheid § 392, Anm. 3 II, Seite 638, § 398, Anm. 4 II, Seite 669, § 342, Anm. 14 II, Seite 388.

[2]) Vergl. ob. § 4, Seite 15, Anm. 6, ferner Dresdener Protok. Seite 487 ff.

der Mehrzahl der neueren Codificationen[1]), aber unbewusst stand man doch unter dem Einfluss des modernen Rechtsgedankens; hieraus resultiert dann jene veränderte Auffassung des überkommenen römischen Begriffs. Unbewusst übertrug man sodann diese veränderte Auffassung auf die Quellen, denen man interpretierend nachträglich entnahm, was man zuvor in dieselben hineingelegt hatte. Die eingetretene Abweichung vom römischen Recht, so erheblich sie grundsätzlich war, entzog sich doch vermöge ihrer geringen praktischen Wichtigkeit leicht dem forschenden Blick: auch der Mangel im Recht zum haben bedarf des Beweises, der am schlagendsten erbracht wird im Fall geschehener Eviction; diese abzuwarten liegt somit im eigenen Interesse des Käufers.

II. Im einzelnen zeigen sich folgende teils bewusste teils unbewusste Abweichungen vom römischen Recht:

1. Bezüglich der Evictionshaftung ex emto greifen nicht unbedeutende Erweiterungen in den Voraussetzungen Platz. Der Evictionsprozess und die Streitverkündung haben ihre Bedeutung als formale Erfordernisse für die Geltendmachung des Evictionsanspruchs eingebüsst. In der Regel gehen zwar beide dem Evictionsregress voraus, aber sie müssen nicht vorausgehen, damit er statthabe. Hat Eviction nicht stattgefunden, so liegt dem Käufer der Beweis ob, dass der Dritte, dessen Recht dem Käufer entgegensteht, wenn es zum Prozess gekommen wäre, gesiegt hätte[2]). Aber auch der Evictionsprozess selbst und das in demselben ergangene Urteil als solches beweist nichts, wenn dem Verkäufer nicht der Streit verkündet wurde. Gleichwohl ist auch die Streitverkündung nicht Voraussetzung des Regresses, nicht Pflicht des Käufers, nicht Recht des Verkäufers. Aber wenn sie unterbleibt, hat der Käufer[3])

[1]) ALR I 11 § 1; öst. GB. § 1053; Code 1582, 1583; schweiz. Oblig. R. 229. Anders sächs. BGB. § 1082, 1089, 1092, 930 ff.

[2]) Windscheid § 391, Ziff. 1 II, Seite 628 und Anm. 10 das.

[3]) So Wach, Handbuch d. Civilpr. 1885 I, Seite 620. A. M. Windscheid § 391, Anm. 12 II, Seite 629.

zu beweisen, dass der Verkäufer nicht in der Lage gewesen sein würde, dem Prozess eine andere Wendung zu geben [1]). Evictionsprozess und Streitverkündung haben demnach nur noch Beweiswirkung.

Voraussetzung des Regresses ist immer noch wirkliche Entziehung oder was ihr gleichsteht. Es wird demnach nur gehaftet für Abwesenheit solcher fremden Rechte, die zur Entziehung führen. Nicht gehaftet wird daher u. a. beim Vorhandensein von Passivservituten, die nicht zur Entziehung führen, mochten sie die Rechtsausübung des Käufers auch noch so sehr beeinträchtigen [2]). Mit der Durchbrechung des Evictionsprinzips gelangt ein Retentionsrecht des Käufers am Kaufpreis schon bei bloss drohender Eviction zur Ausübung [3]). Construiert wurde die bezügliche Einrede meist als exceptio doli, damit nur ein entsprechender Teil des Preises, nicht wie bei Annahme einer exceptio non adimpleti contractus der ganze Kaufpreis sollte zurückgehalten werden können.

2. Restlos weggefallen ist das Recht der Evictionsstipulation, da die Besonderheiten derselben auf der Stipulationsnatur beruhten, und mit der Nichtreception des Stipulationsinstituts entfielen. Die Abgabe eines besonderen sich inhaltlich mit der Evictionsstipulation deckenden Versprechens wäre nicht im Stand gewesen, eine andere Wirkung hervorzubringen als die schon mit dem Kaufvertrag als solchem verbundene.

3. Hinsichtlich der dem römischen Recht fremden Wertpapiere boten sich dem gemeinen Recht Probleme, die es selbstständig zu lösen hatte. Man hat den Kauf von Inhaberpapieren

---

[1]) Über CPO. § 72—74, vergl. m. § 68 f, vergl. Mandry, civilr. Inhalt 4. (v. Geib besorgte) Aufl. 1898, § 40, Ziff. I, Seite 427 f.: „Über die Frage, welche Folgen die Unterlassung der Streitverkündung hat, wenn zu solcher eine Verpflichtung besteht, spricht sich die CPO. nicht aus".

Das gemeine Recht hat eine solche Verpflichtung nicht anerkannt.

[2]) s. o. Seite 19, Anm. 2.

[3]) s. o. Seite 26, Anm. 4; was man für das römische Recht irrig annahm, galt im gemeinen Recht vermöge gewohnheitsrechtlicher Weiterbildung.

als Gattungskauf behandelt, auf den, nachdem die Gattungsschuld durch Lieferung concentriert ist, die gewöhnlichen Grundsätze des Forderungskaufs uneingeschränkt Anwendung finden[1]). Eingehend wird die Haftung für Amortisation behandelt[2]). Es wird ausgeführt: Das Amortisationsverfahren ist dem Evictionsprozess nicht gleichzuachten. Es ist überhaupt kein Prozess, es hat zum Gegenstand nur die Ermittlung, wer augenblicklich Inhaber des Papiers ist. Ein Prozess um das Recht ist erst die Folge gelungener Ermittlung. Bei durchgeführter Amortisation werden l 31 § 11.12, l 47 § 1 D 21.1 analog angewandt. Im übrigen wird von dem Grundgedanken ausgegangen: der Erwerber eines Inhaberpapieres muss mit der Möglichkeit der Amortisation rechnen; thut er es nicht, so ist es sein Schaden.

Besonders ausgesprochen[3]) ist endlich noch, dass die Clausel „ohne Gewähr" sich im Zweifel nur auf die Bonität, nicht auf die Verität der Forderung beziehe.

2. Kapitel.

Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen Mängel im Recht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.*

*Materialien: Protokolle zum Dresdener Entwurf eines allgemeinen, deutschen Gesetzes über die Schuldverhältnisse, Dresden bei Meinhold Söhne, begonnen 1864 I, Seite 487 ff. (38.—40. Sitzung) 582 ff. (44. Sitzung) III, Seite 1687 ff. (121. Sitzung). I. Entwurf z. BGB.: Redactorenmotive, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abschn. 2. Titel 3 b, Seite 13—32; Protokolle der 1. Kommission (Schuldverhältnisse I) Seite 669 ff; Motive zum I. Entwurf II, Seite 211 ff.; Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen zum I. Entwurf II, Seite 123 ff. II. Entwurf zum BGB.: Protoc. der 2. Kommission (Schuldverh. I), Seite 1309—1345. 779. (II) Seite 1706 ff; (Revisionsbeschlüsse) Seite 8438 f.; Denkschrift Seite 53 ff; Beschlüsse der Reichstagskommission, Seite 65.

[1]) SA. Bd. XVI Nr. 204.
[2]) SA. Bd. XXVII, Nro. 114, Bd. XIV, Nr. 25.
[3]) SA. Bd. XXII, Nr. 35; vergl. aber auch WO. Art 14.

Die Materialien des I. Entwurfs ausser den Motiven und der Zusammenstellung, die im Druck erschienen sind, ebenso die Materialien des II. Entwurfs sind nach der metallographischen Gesamtausgabe citiert, deren Seitenzahlen auch in der Mugdan'schen Ausgabe ersichtlich sind. Auf die Litteratur ist im einzelnen Fall bezuggenommen.

A. Die Vorgeschichte. Die Bestimmungen des Dresdener Entwurfs und des I. Entwurfs zum BGB.

§ 11.

Den Beratungen der 1. Kommission hat teils mittelbar teils unmittelbar der Dresdener Entwurf, den Beratungen der 2. Kommission der I. Entwurf als Grundlage gedient.

1. Der Dresdener Entwurf (1. Lesung revid. Beschlüsse Art. 161—182) behandelt die Gewährleistung für Mängel im Recht im allgemeinen Teil des Obligationenrechts und zwar mit Ausdehnung auf alle zweiseitigen Veräusserungsverträge. Die Haftung für Entwehrung besteht ohne Zusammenhang mit den sonstigen Verpflichtungen des Veräusserers. Eine Präjudicialität jener sonstigen Verpflichtungen für die Entwehrungshaftung wird ausdrücklich geleugnet[1]). Es war deshalb für die Ausgestaltung der Entwehrungshaftung auch ohne Belang, welche Verpflichtung man dem Verkäufer auferlegte, die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung oder nur, wie es im Dresdener Entwurf geschah, die Verpflichtung, die Sache zu eigen zu überlassen.

Die Nichterfüllung der Verpflichtung zur Eigentumsüberlassung, die blosse Thatsache sowohl, als ein infolge derselben eingetretener Schaden, erzeugt weder einen Erfüllungs- noch einen Prästationsanspruch, erst die Entwehrung eröffnet den Entwehrungsanspruch[2]).

[1]) Protoc. Seite 487 ff.

[2]) Der Unterschied vom römischen Recht besteht nur darin, dass die Verpflichtung, die Sache zu eigen zu überlassen, wirkliche Verpflichtung, nicht nur Reflexwirkung der Entwehrungshaftung ist. Da aber erst die Entwehrung einen klagbaren Anspruch schafft, entbehrt jene Verpflichtung entsprechender Haftung. Das Verhältnis ist dasselbe wie zwischen römischem und gemeinem Recht.

Im einzelnen gilt: die Entwehrung im Sinn des Entwurfs erfordert nicht Process, Urteil und Streitverkündung, es genügt Schiedsspruch, ja Anerkenntnis des fremden Rechts durch den Käufer. Process und Streitverkündung begründen nur eine (widerlegbare) Vermutung des fremden Rechts, während in den übrigen Fällen die Beweislast bezüglich des fremden Rechts den Käufer trifft[1]). Entwehrung liegt vor nicht nur, wenn die ganze Sache, nicht nur, wenn ein Teil derselben entzogen ist; es gilt als (teilweise) Entwehrung auch, „wenn ein mit der veräusserten Sache verbundenes Recht entwährt[2]) wird, oder wenn Rechte an der veräusserten Sache erstritten werden" Art. 162. Damit ist der Umfang der Haftung über den Kreis der zur Entziehung führenden Rechte hinaus auch auf alle nicht zur Entziehung führenden iura in re ausgedehnt, ja sogar eine Haftung für fehlende Aktivrechte offen gelassen. Sofort wird aber eine Ausnahme gemacht „für öffentliche Abgaben, sowie für solche Grunddienstbarkeiten oder andere dingliche Berechtigungen, zu deren Ausübung besonders in die Augen fallende Anlagen bestehen, oder für Rechte, welche zur Zeit des Vertragsschlusses im Grund- oder Hypothekenbuch eingetragen waren" Art. 172[3]). Im übrigen kann, wie im gemeinen Recht, ausnahmsweise auch ohne Entwehrung ein Anspruch bestehen: bei Arglist des Veräusserers, bei unentgeltlichem Erwerb des fremden Rechts; ferner ein Recht zur Zurückhaltung des Kaufpreises, auch bei bloss drohender Entwehrung. Dazu kommt ein genau geregeltes Wandlungsrecht bei teilweiser Entwehrung, „sofern nach den Umständen anzunehmen ist, dass der Erwerber den Vertrag nicht geschlossen haben würde, wenn er die teilweise Entwehrung vorausgesehen hätte" Art.

[1]) Art. 164.

[2]) Über „Entwehrung" und „Entwährung" vergl. Windscheid § 391, Anm. 1 II, Seite 626; für das römische Recht ist die Bezeichnung Eviction zutreffender und anschaulicher als das farblose „Entwehrung".

[3]) Ausnahme von der Ausnahme bei Zusicherungen oder Arglist des Veräusserers.

174. Endlich ist noch bestimmt, dass für die Berechnung des Interesses der Zeitpunkt der Rechtskraft des Entwehrungsurteils, nicht der der thatsächlichen Entziehung, massgebend sein soll, was ebenso unpraktisch ist, als die kurze Verjährungsfrist von 3 Jahren für den Entwehrungsanspruch, die hauptsächlich mit Rücksicht auf das Wandlungsrecht bei teilweiser Entwehrung aufgenommen wurde.

2. Der I. Entwurf (§ 370—380) hat die Stellung des Gewährleistungsrechts im allgemeinen Teil des Obligationrechts beibehalten und demselben bei allen obligatorischen Veräusserungsverträgen Geltung gegeben. Bei allen diesen Verträgen wird sodann der Veräusserer zur Eigentumsverschaffung verpflichtet, und zwar muss das zu verschaffende Eigentum frei sein von dinglichen und andern sich auf die Sache beziehenden Rechten Dritter. §§ 370, 371. Die Haftung des Verkäufers trägt den Charakter der Garantiehaftung. Ausdrücklich bestimmt ist dies nirgends, aber es wird gefolgert aus den stillschweigend übernommenen, angeblich römischen Grundsätzen des gemeinen Rechts über ursprüngliche subjective Unmöglichkeit der Erfüllung, unter welche man die Unmöglichkeit der Rechtsverschaffung einbezog [1]).

Im Princip erwächst dem Erwerber ein Anspruch, sobald irgendwie feststeht, dass der Veräusserer seine Verpflichtungen nicht erfüllt hat. Dieser Anspruch äussert sich in der Offensive als Klage auf Erfüllung mit allen Folgen und Möglichkeiten aus einer solchen, er äussert sich in der Defensive als Einrede des nichterfüllten Vertrags, mit welcher ein Recht zur Verweigerung der gesamten Gegenleistung auch bei verhältnismässiger Geringfügigkeit des Mangels im Recht gegeben ist. Soweit nach den gewöhnlichen Grundsätzen ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung möglich ist, steht auch dieser zu. Doch greift eben hier eine Modification des principiellen Standpunkts Platz. Hat nämlich der Veräusserer „den

[1]) Motive II, Seite 216 i. f. z. § 374.

übrigen Erfordernissen, von welchen der Erwerb des dem Erwerber zu verschaffenden Rechts abhängt[1]), bereits genügt" (§ 374), so ist der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung an die Voraussetzung der Geltendmachung des entgegenstehenden fremden Rechts gebunden. Als geltendgemacht anzusehen ist das fremde Recht nur, wenn entweder eine rechtskräftige Entscheidung oder infolge eines Schiedsvertrags ein Schiedsspruch zu Gunsten des Dritten ergangen ist, oder der Erwerber das Recht dem Dritten gegenüber anerkannt hat (§ 375). Geht das Recht des Dritten auf Herausgabe der Sache, so gilt nur die Erzielung der Herausgabe als erfolgreiche Geltendmachung. Keiner Geltendmachung bedarf es aus naheliegenden Gründen, wenn das Recht des Dritten nachträglich entgeltlich oder unentgeltlich auf den „Erwerber" übergegangen ist, § 376. Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, so hat der Erwerber ausser dem Schadensersatzanspruch zur Wahl auch ein genau geregeltes Rücktrittsrecht (§ 377). Als Grund für die ganze Modification des Verschaffungsprincips wird ein praktisches Bedenken angegeben: Schwierigkeit den Rechtsmangel nachzuweisen und das Interesse abzuschätzen, solange ungewiss sei, ob ein Dritter ein Recht geltend machen werde[2]).

Von einschneidender Bedeutung ist auch hier die Bestimmung, dass dem Erwerber der Beweis des Rechtsmangels obliegt (§ 379), wobei von einem Einfluss des Entwehrungsprocesses und der Streitverkündung ebenfalls nicht mehr die Rede ist. Es bleibt in dieser Beziehung allein bei CPO. § 72—74 vgl. m. § 68. Die Unterlassung der Streitverkündung ist nicht präjudiciert.

Im übrigen giebt der I. Entwurf Einzelbestimmungen, die im II. Entwurf und im BGB. wiederkehren.

[1]) Gemeint ist Vollziehung der Sachübergabe oder Forderungscession oder was diesen gleichsteht.

[2]) Motive II, Seite 217 z. § 374.

B. Die Gewährleistung im BGB.

I. Im allgemeinen.

§ 12.

Die 2. Kommission hat infolge heftiger Angriffe von seiten O. Bährs und Gierkes[1]) den Abschnitt „Gewährleistung des veräusserten Rechts“ aus dem allgemeinen Teil des Obligationenrechts entfernt und sich darauf beschränkt, bei den einzelnen Schuldverhältnissen einzelne besondere Bestimmungen zu treffen[2]).

Das Gesetzbuch[3]) steht auf dem Standpunkt, dass die Gewährleistungspflicht für Mängel im Recht nichts ist als die Prästationspflicht des zur Rechtsverschaffung verpflichteten Vertragsteils wegen Nichterfüllung der ihm primär obliegenden Vertragspflichten. Der Mangel im Recht ist nur das Anzeichen dafür, dass der Pflicht zur Rechtsverschaffung nicht genügt ist: der Thatbestand, an welchen die Rechtshilfen des Gläubigers anknüpfen, ist nicht das Vorliegen eines Rechtsmangels, sondern die Thatsache der durch den Rechtsmangel indicierten Nichterfüllung der Rechtsverschaffungspflicht.

Besondere Grundsätze über die Gewährleistung für Mängel im Recht als solche kennt das BGB. nicht, es kennt nur allgemeine Grundsätze über die Prästationspflicht bei gegenseitigen Verträgen, die auch für die Haftung des Verkäufers bei Mängeln im Recht gelten. Aber diese Grundsätze sind in ihrer Anwendung auf die Rechtsverschaffungspflicht des Verkäufers teils modificiert teils durchbrochen durch die in den §§ 434—443 enthaltenen Bestimmungen. Diesen Bestimmungen ist dann durch § 445 Ausdehnung auf „andere Verträge, die auf Veräusserung oder Belastung eines Gegenstands gegen Entgelt gerichtet sind“ gegeben. So kommt es, dass im Endergebnis die

[1]) Anlässlich ihrer Besprechungen des 1. Entwurfs. Zusammenstellung II, Seite 123 ff.

[2]) Vergl. §§ 433—443, 445, 523, 541, 600.

[3]) Die Bestimmungen des 2. Entwurfs haben durch Bundesrat und Reichstag nur unbedeutende, meist redactionelle Änderungen erfahren.

Sonderstellung der „Gewährleistung des veräusserten Rechts“ wenigstens in beschränktem Umfang doch noch fortbesteht, wenn auch nur auf dem Hintergrund der subsidiär geltenden allgemeinen Grundsätze über die Prästationspflicht bei gegenseitigen Verträgen.

II. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Rechtsverschaffung.

§ 13.

BGB. § 433: „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer eines Rechts ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen — — —.“

Es gilt das sog. „Verschaffungsprincip“ [1]). Dieses entspricht allein dem modernen Rechtsbewusstsein. Es anzuerkennen, hindern weder historische noch praktische Rücksichten. Eigentum zu erwerben, ist der unleugbare Wille des Käufers, es zu verschaffen, keine unbillige Zumutung an den Verkäufer, dem die Rechtssätze über gutgläubigen Erwerb hilfreich zur Seite stehen [2]).

Im einzelnen ist zu beachten:

1. Der Verkäufer hat Eigentum zu verschaffen, nicht nur für Entwehrung zu haften, nicht nur die Sache zu eigen zu überlassen. Es genügt nicht, wenn der Käufer thatsächlich in der Lage ist, die Sache wie ein Eigner zu beherrschen, auch wenn niemand ihn stört. Die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung ist eine in allen Fällen gleichmässig bestehende. Sie bestimmt sich weder in ihrer Existenz noch in ihrem Inhalt nach den Umständen des Einzelfalls. Nicht Billigkeit, sondern das Gesetz ist ihre Quelle.

2. Das zu verschaffende Eigentum muss ein volles, un-

[1]) Motive II, Seite 213.

[2]) Mot. II, Seite 213, Protoc. Seite 1328.

beschränktes sein[1]). In diesem Sinn ist § 433 auszulegen. Hierbei wäre allerdings genau besehen § 434 überflüssig, da dem „vollen“ Eigentum an sich schon die Abwesenheit von beschränkenden Rechten Dritter wesentlich ist. Die gegenteilige Ansicht geht dahin, aus § 433 vom Verkäufer nur die Übertragung des Eigentums, der Zuständigkeit nach, und aus § 434 die Abwesenheit von Rechten Dritter (im Gegensatz zu gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, Veräusserungsverboten, öffentlich rechtlichen Beschränkungen) zu verlangen. Dem widerspricht aber der ausgesprochene Wille der Gesetzgeber[2]). Ferner steht entgegen, dass bei der bekämpften Auffassung der § 436 unnötig und insbesondere die Beschränkung desselben auf Grundstücke mit dem angenommenen Sinn des § 434 nicht in Einklang zu bringen wäre. Auch müsste es in hohem Mass befremden, wenn mit dem nach § 433 zu übertragenden Eigentum nur das nudum nomen iuris gemeint wäre, so dass erst § 434 die Haftung für Rechte Dritter begründen würde, und eine Gewährleistungspflicht für solche Mängel im Recht, die nicht in Rechten Dritter ihren Grund haben, überhaupt nicht bestände. Nimmt man dagegen an, dass § 433 den Verkäufer zur Verschaffung vollen Eigentums verpflichtet, so folgt daraus ohne weiteres eine Haftung für jeden irgendwie gearteten Mangel, mag derselbe in einem Recht Dritter bestehen oder nicht. § 434 hätte bei dieser Auffassung der vorsorglichen Hervorhebung des wichtigsten Mangelfalls zu dienen. § 436 enthält eine Ausnahme[3]).

[1]) Das ist nicht unbestritten vergl. Örtmann, Commentar zum Recht der Schuldverhältnisse (Heymanns Verlag) Z. 1, Abs. 2, z. § 434 Seite 156, Scherer, in „Gesetzgebung des deutschen Reichs“, 1. Teil Bd. VII (Scherer, Comment.) Ziff. 5 h, zu § 434.

[2]) Mot. II, Seite 214: „für die Freiheit des veräusserten Gegenstands von Rechten haftet der Veräusserer prinzipiell schrankenlos“.

[3]) So die meisten; vergl. Cosack, Lehrbuch, 2. Aufl. § 125 II 1, I. Bd. Seite 415; Endemann, Einführung, 5. Aufl. § 157 3a, I. Bd. Seite 699, § 160. 6a, eod. Seite 176, Matthias Lehrbuch, 3. Aufl. §105 II, Abs. 2, I. Bd. Seite 127.

3. Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen. Er ist nicht verpflichtet, selbst das Eigentum zu haben und von sich auf den Käufer zu übertragen. Die Übertragung wird die Regel bilden, daneben tritt der Erwerb vom Nichtberechtigten, wo ein solcher stattfindet. Nicht verschafft hat der Verkäufer, wenn andere dem Käufer das Eigentum verschafft haben, sei es entgeltlich oder unentgeltlich [1]), es sei denn, dass dieselben auf Anweisung des Verkäufers gehandelt haben. Nichtverschafft hat der Verkäufer auch dann, wenn der Käufer sich das Eigentum selbst verschafft hat. So wenn die Sache herrenlos war, und er sie in Eigenbesitz nimmt § 958, wenn er sie gefunden hat, und der wahre Eigentümer sich verschweigt § 973 oder die ihm gemäss § 974 gesetzte Frist unbenützt verstreichen lässt, oder wenn der Käufer, ohne vom Verkäufer den Besitz erlangt zu haben, durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung, Ersitzung Eigentum erlangt. Solchenfalls ist anzunehmen, dass der Verkäufer haftet, als ob er nichts verschafft hätte. Es ist ein „anderweitiger" Erwerb im Sinn des § 440 Abs. 3 gegeben. Zweifelhaft erscheint dieses Ergebnis aber dann, wenn die in Frage kommende Erwerbsart Besitzerwerb voraussetzt, und der Verkäufer es war, der den Besitz auf den Käufer übertrug. Ist in diesem Fall die Besitzübertragung der Hauptfactor im äusseren Thatbestand des Erwerbsgeschäfts gewesen, so wird man sagen dürfen, dass der Verkäufer das Eigentum verschafft habe. Diese Voraussetzung trifft zu bei der Ersitzung, die auch dem Erwerb nach § 932 am nächsten steht; sie trifft nicht zu bei Verbindung, Vermischung und Verarbeitung, bei welchen es in erster Linie Handlungen des Erwerbers selbst sind, die den Erwerb begründen. Bei jener hat der Käufer sonach nur das Interesse zu fordern, dass er nicht alsbald (zur Leistungszeit)

[1]) Arg. § 440 Abs. 3; hierdurch erledigt sich für das neue Recht die Frage des Zusammentreffens einer causa lucrativa und einer causa onerosa mit Beziehung auf eine und dieselbe Leistung. Vergl. über diese Frage früher G. Hartmann, Obligation Seite 102.

Eigentümer wurde, bei diesen dagegen dasjenige, dass er, soviel am Verkäufer war, überhaupt nicht Eigentümer wurde.

Es versteht sich von selbst, dass der Verkäufer insoweit nicht haftet, als die Nichtverschaffung des Eigentums in dem Verhalten des Käufers ihren Grund hat. So wenn dieser es schuldhaft unterlässt, die zu Gunsten eines Dritten laufende Ersitzung oder Verjährung zu unterbrechen, oder wenn er die zu seinen Gunsten laufende Ersitzung oder Verjährung unterbricht [1]).

III. Die Gewährleistungspflicht wegen Mängel im Recht.

1. Die Voraussetzungen der Gewährleistungspflicht.

a. im allgemeinen:

§ 14.

I. Eine Gewährleistung findet nicht statt,

1. wenn der Kaufvertrag nichtig ist, sei es wegen Unvollkommenheit des Thatbestands, sei es wegen Missbilligung durch das Gesetz. Nichtig ist insbesondere — wegen anfänglicher objectiver Unmöglichkeit der Erfüllung (§ 306) — der Kauf einer nichtbestehenden Sache. Nichtig ist ferner der Kauf, der gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, sei es dass die Schliessung des Vertrags oder nur die Vornahme der in demselben versprochenen Leistung verboten ist § 309 [2]). In wie-

[1]) Es genügt adäquater Causalzusammenhang, nur wo eine Unterlassung in Frage kommt, ist Verschulden erforderlich. Bei der Ersitzung kann es sich nur um eine Unterbrechung durch Besitzverlust bei fortdauerndem gutem Glauben handeln; erfährt dagegen der Ersitzende, dass er nicht Eigentümer sei, und wird dadurch die Ersitzung ausgeschlossen, so ist es nicht der Ersitzende, der die Ersitzung vereitelt, und zwar selbst dann nicht, wenn er selbst sich darum bemüht haben sollte, den Mangel in seinem Recht zu erfahren.

[2]) Im einen Fall folgt die Nichtigkeit aus § 134, im andern (nach der herrschenden Meinung) aus der anfänglichen objectiven juristischen Unmöglichkeit der Leistung; § 105 und § 347 des Entwurfs I halten beide Fälle wohl auseinander, Nichtigkeit wird auch hier in beiden Fällen angenommen arg. § 347, vergl. m. § 345, 346 Entw. I.

weit hierher der Kauf von res extra commercium gehört, ist Thatfrage[1]). Als von Anfang an nichtig gilt auch der anfechtbare Vertrag nach durchgeführter Anfechtung §§ 142, 143. Nichtig ist ferner der unsittliche z. B. der zur Verdeckung eines wucherischen Rechtsgeschäfts vorgenommene Kauf. § 138. Nichtig ist endlich nach der herrschenden Meinung auch der Kauf der eigenen Sache; nur ein Kauf des Besitzes ist auch hier möglich[2]). Giltig ist der Kauf einer fremden Sache, solange nicht anderweitige Gründe vorhanden sind, aus denen die Nichtigkeit sich ergiebt[3]).

2. Trotz giltiger Veräusserung findet eine Gewährleistung nicht statt bei Vollstreckungsveräusserungen und zwar bei Versteigerung oder freihändigem Verkauf von beweglichen Sachen nach CPO. § 806, bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken nach Zw. V. G. v. 24. III. 1897 § 56 S. 3. Es haftet hiernach weder der Pfändungspfandgläubiger noch der Pfandschuldner. Für die Veräusserung anderer Pfänder fehlt es an einer analogen Bestimmung in den §§ 1233 ff. BGB., ebenso im Fall des § 753. Es steht sonach fest, dass hier eine Gewährleistung Platz greift. Bestritten ist, wer die Pflicht trägt. Mit Energie treten die Motive[4]) dafür ein, den Pfandgläubiger haftbar zu machen. Gewiss mit Unrecht. Dass der Pfandgläubiger ein festes Recht und nicht nur eine widerrufliche Vollmacht hat, das Pfand mit Wirkung für den Pfand-

[1]) Was rex extra commercium ist, sagt das BGB. nicht. Eck, Vorträge 1898, Seite 13. Motive II, Seite 177 wird versucht, eine Übersicht über Arten und Behandlung der res extra commercium zu geben.

Als im heutigen Rechtsleben besonders bedeutsam hebt Scherer, Comm. Ziff. 15 zu § 433 a. a. O., Seite 450, den Fall der Ein- und Ausfuhrverbote hervor, den er — übrigens wohl mit Unrecht — hierher bezieht.

[2]) Vergl. ob. Seite 15 und Anm. 1 das.; jetzt auch Cosack Lehrb. § 121, II 4, Bd. 1, Seite 394; ein Antrag, die Nichtigkeit besonders zu konstatieren und die Anwendbarkeit des (jetzigen) § 307 zu modificieren, wurde von der 2. Kommission abgelehnt. Protoc. Seite 1340.

[3]) Mot. II, Seite 216, Protoc. Seite 1322, 1323.

[4]) Mot. III, Seite 822 f.

schuldner veräussern zu lassen, darf nicht Anlass sein, ihn schlechter zu stellen, als den Bevollmächtigten. Das römische und gemeine Recht haben es als einen Fortschritt betrachtet, dass es gelang, den Pfandschuldner für die Eviction und den Pfandgläubiger nur für Dolus und Zusagen haftbar zu machen [1]). Der Pfandgläubiger handelt als Vertreter, wenn auch in eigenem Interesse, und die Übertragung geschieht vom Vertretenen auf den Erwerber [2]). Hiervon unter dem BGB. abzugehen, liegt kein Grund vor. Ähnlich liegt der Fall des Notverkaufs durch den Finder § 966. Hier nehmen die Materialien selbst [3]) eine Vertretung des Verlierers durch den veräussernden Finder an zufolge gesetzlicher Ermächtigung, welche die Genehmigung des Verlierers ersetze. Darnach wäre der letztere der Verkäufer und von der Gewährleistungspflicht betroffen.

Auf anderem Boden steht die Veräusserung beim Zwangsenteignungsverfahren, indem hier die Analogie des Kaufs von der herrschenden Meinung verworfen und insbesondere eine Gewährleistungspflicht des Expropriaten in Abrede gezogen wird [4]).

3. Kenntnis des Mangels auf seiten des Käufers beim Abschluss des Kaufs schliesst die Gewährleistungspflicht aus. § 439. Als Kenntnis gilt nur das wirkliche Wissen, ohne Rücksicht darauf, woher dasselbe rührt. Dem Kennen steht nicht gleich die blosse Möglichkeit des Kennens, der Kenntnis nicht die fahrlässige, auch nicht die grobfahrlässige Nichtkenntnis [5]), wohl aber die arg-

---

[1]) s. ob. Seite 22 und Anm. 5 eod.

[2]) Bekker, Pand. § 33, Beil. III Ziff. 3 I, Seite 109.

[3]) Mot. III, Seite 378.

[4]) Vergl. Gerber-Cosack, System d. deutschen Privatrechts, 17. Aufl. Anm. 1 zu § 87, Seite 155 f. Dem Erwerber wird in anderer Weise geholfen, vergl. württ. Ges. v. 20. Dez. 1888, Art. 39, Abs. 2: das enteignete Grundstück wird mit dem in Abs. 1 bestimmten Zeitpunkt (der Zustellung der Enteignungsverfügung) von allen darauf haftenden dinglichen Lasten, soweit sie nicht in der Enteignungsverfügung vorbehalten sind, befreit.

[5]) Ohne die ausdrückliche Bestimmung des § 439, die in Mot. II, Seite 216 in zweifelhafter Weise durch die Auskunftspflicht des Verkäufers

listig bewahrte Nichtkenntnis[1]). Der Käufer eines Grundstücks ist nicht verpflichtet, das Grundbuch einzusehen, ehe er den Kauf abschliesst, ganz abgesehen davon, dass ihm dies in vielen Fällen wohl nicht einmal mehr möglich wäre[2]). Kenntnis von der Eintragung eines nicht bestehenden Rechts schliesst auch den Löschungsanspruch gegen den Verkäufer aus § 435 aus[3]). Nur die gesetzliche Haftung wird durch die Kenntnis schlechthin ausgeschlossen, nicht die Haftung für besondere Zusagen. Rücksichtlich dieser ist die Wirkung der Kenntnis quaestio facti[4]). Trotz Kenntnis des Käufers hat der Verkäufer für Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden und Pfandrechte einzustehen. Das Gleiche gilt von einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf diese Rechte. § 439 Abs. 2. Gestützt wird diese Bestimmung auf eine heutzutage herrschende Verkehrssitte[5]). Der Zeitpunkt, in dem die Kenntnis gegeben sein muss, um Haftung ausschliessend zu wirken, ist der des Kaufabschlusses, nicht der der Übergabe, nicht der der Erfüllung. Nur für den Kauf von Gattungssachen tritt der Zeitpunkt der Concentration an die Stelle des Vertragsschlusses. Nur eine scheinbare Ausnahme ist es, die beim Handkauf entgegentritt, da hier Vertragsschluss und Übergabe zusammenfallen[6]).

Was an Stelle der gemäss § 439 ausgeschlossenen Ge-

---

begründet wird, würde auch fahrlässige Nichtkenntnis die Gewährleistung ausschliessen, da § 307 insoweit auf den Fall anfänglicher subjectiver Unmöglichkeit analog anzuwenden ist.

[1]) Örtmann, Comment. Nr. 1, Abs. 2 zu § 439, 2. Bd., Seite 161.

[2]) Protoc. Seite 1323 f.

[3]) Planck, Comment. z. § 439, Seite 231.

[4]) Mot. II, Seite 216, Protoc. Seite 1323. Planck a. a. O.

[5]) Mot. II, Seite 216. Ausdrücklich abgelehnt wurde die Ausdehnung des § 439 Abs. 2 auf die Fälle, wo für einen Dritten ein Anspruch auf Eigentumsübertragung im Grundbuch vorgemerkt oder ein Widerspruch gegen das Eigentum des Verkäufers eingetragen ist. Protoc. Seite 4791—4795.

[6]) Protoc. Seite 1312.

währleistung tritt, bestimmt der Parteiwille. Denkbar ist auch, dass gleichwohl eine Gewährleistung vom Verkäufer übernommen wird. Haben beide Parteien wissentlich über fremdes Recht contrahiert, so fragt sich, ob der Contract nicht unsittlich ist. Kenntnis zur Zeit der Sachübergabe ist, wie erwähnt, einflusslos, auch wenn der Käufer sich wegen des Mangels bei Annahme der Sache seine Rechte nicht vorbehält. Eine dem § 464 entsprechende Bestimmung fehlt bezüglich der Mängel im Recht. Doch ist es nicht undenkbar und vielmehr Thatfrage, ob mit der vorbehaltlosen Annahme nicht ein Verzichtswille zum Ausdruck gebracht werden wollte, ohne dass irgend welche Vermutung für einen solchen bestände.

II. Voraussetzung aller Prästationspflicht ist Nichterfüllung der primären Vertragspflicht, hier der Pflicht zur Rechtsverschaffung. Die Nichtverschaffung des Rechts tritt zu Tag im Rechtsmangel. Über diesen vgl. den folgenden §.

III. Der Verkäufer haftet nur für diejenigen Rechtsmängel, welche zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden oder bereits rechtlich im Entstehen begriffen waren. Nur in diesem Fall stellt sich ein Rechtsmangel als anfängliches Hindernis der Erfüllung dar, für welches, da es als „subjectives" aufzufassen ist, der Verkäufer nach der herrschenden Lehre einzustehen hat.[1]). Ist der Rechtsmangel nach Vertragsschluss entstanden, so muss, wenn der Verkäufer haftbar sein soll, ein besonderer Umstand vorliegen, der den Rechtsmangel zu einem nach Vorschrift des Gesetzes (z. B. §§ 276, 278, 279, 287, 848) oder kraft besonderer Vereinbarung vom Verkäufer zu vertretenden macht. In Wirkung des Vertrags hat der Verkäufer nur für die beim Vertragsschluss begründeten Mängel aufzukommen. Aus diesem Grund nimmt auch § 439 Abs. 1 nur auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bedacht[2]).

---

[1]) Protoc. Seite 1317 f, 1338 f.

[2]) Zweifel könnten sich für das suspensiv bedingte Geschäft ergeben; man wird auch hier den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, nicht den des Eintritts der Bedingung, für massgebend erklären müssen; dies wurde schon

Der Verkäufer haftet nur für die beim Kaufabschluss vorhandenen Mängel. In Anspruch genommen werden kann er aber erst, wenn es ihm nicht gelingt, die Rechtsmängel bis zu der Zeit, wo Erfüllung von ihm verlangt werden kann und verlangt wird, zu beseitigen, wobei ihm auch ein inzwischen eintretender gutgläubiger Erwerb des Käufers zu statten kommen kann. Die Thatsache des Vorhandenseins von Rechtsmängeln zur Zeit des Vertragsschlusses macht also eine nachherige Inanspruchnahme des Verkäufers noch nicht unvermeidlich.

Von der Frage, welche Rechtsmängel der Verkäufer zu vertreten hat (§ 325), ist die andere wohl zu unterscheiden [1]), wie lange er die Gefahr für Rechtsmängel trägt, d. h. wie lange er zu gewärtigen hat infolge eines Rechtsmangels, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, seinen Anspruch auf die Gegenleistung gemäss § 323 ganz oder teilweise zu verlieren. Diese Frage ist dahin zu entscheiden, dass er die Gefahr trägt, solange und soweit er noch nicht erfüllt hat. Soweit erfüllt ist, und sollte auch nur teilweise erfüllt sein, fällt die Wiederaufhebung der Erfüllung dem Käufer zur Last, es sei denn, dass die Wiederaufhebung in einem Verschulden des Verkäufers oder darin ihren Grund hat, dass er teilweise noch nicht erfüllt hat. Dies folgt aus § 323 [2])[3]).

---

bisher angenommen, vergl. G. Hartmann, Obligation, Seite 195 und hat auch ferner zu gelten, vergl. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen, Jena 1900, Seite 88.

[1]) Das ist nicht geschehen in Protoc. Seite 1335—1337.

[2]) Die Regelung des Gefahrübergangs bezüglich des Untergangs der Sache in § 446 enthält nichts weiter als eine Anwendung der aufgestellten Regel und stellt sich somit im Grunde als überflüssig dar.

[3]) Fälle von Rechtsmängeln, die nach Kaufabschluss entstanden sind, ohne dass der eine oder andere Teil die Entstehung zu vertreten hätte, werden Protoc. Seite 1337 genannt: Zwangsenteignung, Verkoppelung, gemäss § 295 St.GB. ohne Verschulden des Verkäufers verfügte Einziehung, ohne Verschulden des Verkäufers ergangenes, ungünstiges, unrichtiges rechtskräftiges Urteil, Pfändung der Kaufsache wegen einer nichtbestehenden, ohne Verschulden des Verkäufers rechtskräftig festgestellten Schuld (nicht dagegen

Die Übergabe der Sache bewirkt als solche keinen Übergang der Gefahr für Mängel im Recht, es sei denn, soweit mit der Übergabe sich die Erfüllung der Rechtsverschaffungspflicht durch Rechtsübertragung verbindet.

IV. Die Gewährleistung findet statt, ohne Rücksicht darauf, was Gegenstand des Kaufs ist: Grundstücke, bewegliche Sachen oder Rechte[1]). Es gilt keine Besonderheit für die Gattungsschuld, keine für die vertretbaren Sachen. Die veräusserten Rechte können dingliche, sonstige absolute oder Forderungsrechte, bestehende oder erst zu bestellende[2]) sein. Die §§ 433 ff. finden wenigstens analoge Anwendung, wenn Befreiung von dem dinglichen oder persönlichen Recht eines Dritten gegen Entgelt versprochen wird[3]).

V. § 443 erklärt sämtliche Bestimmungen der §§ 433 bis 437 und 439–442 für dispositiv. Die getroffenen Vereinbarungen unterliegen der Auslegung nach Treu und Glauben. Diese wird auch dazu führen, dass dem pactum de non praestanda evictione der Sinn beigelegt wird, dass nach erfolgter Entziehung wenigstens der Kaufpreis zu erstatten ist.

Arglist des Verkäufers bewirkt Nichtigkeit der Vereinbarung im Sinn des § 443. Arglist des Verkäufers liegt vor, wenn derselbe, in der Absicht, den Käufer zu täuschen, einen Mangel im Recht verschweigt, den er selbst kennt[4]). Nicht Arglist ist es, wenn der Verkäufer den Mangel deshalb verschweigt, weil er Kenntnis desselben beim Käufer voraussetzt. Grobe Fahrlässigkeit wirkt nicht gleich der Arglist, wohl aber dolus eventualis der Täuschung. Nicht erforderlich ist die Absicht, sich oder einem andern einen Vermögensvorteil

---

Pfändung aus materiell gerechtfertigtem Titel, da hier gemäss § 279 ein vertretbarer Umstand vorliegt, wenn der Käufer das Geld nicht hat, um die Pfändung durch Zahlung abzuwenden, Protoc. Seite 1338).

[1]) Verb. „Gegenstand" vergl. § 90.

[2]) Protoc. Seite 1343, Planck, Comm. zu § 433, Seite 226.

[3]) Vergl. Windscheid § 385, Anm. 5 II, Seite 586.

[4]) Vergl. Planck z. § 443, Seite 234, vergl. auch z. B. Mot. I, Seite 208.

zu verschaffen[1]) oder dem Käufer Schaden zuzufügen. Die Wirkung der Arglist ist hinsichtlich der Zusatzabmachungen des § 443 Nichtigkeit[2]), nicht bloss, wie sonst (§ 123), Anfechtbarkeit. Nichtig ist aber nur die Zusatzabmachung, nicht der Kauf selbst. Aber der Kauf ist nach § 123 anfechtbar, wenn er ohne die arglistige Täuschung bezüglich der Zusatzabmachung nicht geschlossen worden wäre. Dass der Käufer durch die arglistige Täuschung des Verkäufers zu der Zusatzabmachung bestimmt wurde bezw. ohne jene auf diese nicht eingegangen wäre, ist in § 443 im Gegensatz zu § 123 nicht gefordert, also zur Nichtigkeit der letzteren nicht notwendig. Arglist in einem Punkt der Zusatzvereinbarung macht diese in ihrem ganzen Umfang nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass dieselbe auch ohne jenen Punkt vorgenommen worden wäre § 139. Arglist des Käufers (z. B. zur Erreichung von Zusagen des Verkäufers) wirkt nur gemäss § 123.

VI. Bezüglich der Mängel im Recht besteht keine Anzeigepflicht des Käufers, keine Pflicht zur Mängelrüge, deren Versäumung Verlust der Ansprüche nach sich ziehen würde. Auch hat das Gesetz es abgelehnt, für die Ansprüche des Käufers wegen mangelhafter Rechtsverschaffung eine kürzere Verjährungsfrist einzuführen[3]).

b. insbesondere der Mangel im Recht.

§ 15.

I. Ein Mangel im Recht liegt vor, sobald dem Käufer nicht das volle, lastenfreie Recht verschafft ist. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn das Recht selbst nicht verschafft wurde, oder wenn die Verschaffung eine anfechtbare oder dinglich (§ 161) oder obligatorisch (KO. § 37) rückziehbare ist. Ferner dann, wenn das Recht durch Rechte Dritter beschränkt

[1]) AM. für das frühere Recht RG. Bd. VII, Seite 174.

[2]) Kuhlenbeck von den Pandekten zum BGB. Bd. 2, Tl. 1 1899, § 38 IV, Seite 254.

[3]) Mot. II, Seite 223 f.

ist. Das trifft zunächst sämtliche gegen den Eigentümer gerichteten dinglichen Fremdrechte ohne Unterschied. Gehaftet wird insbesondere auch für Grunddienstbarkeiten[1]), wie es denn überhaupt keinen Unterschied macht, ob das Fremdrecht auf Entziehung der Sache gerichtet ist oder nicht. Unmittelbar neben die Sachenrechte treten die infolge Vormerkung mit dinglicher Wirkung (BGB. § 883, 884, Zw. V. G. § 10 Z. 4, § 48) ausgestatteten Forderungsrechte. Aber auch für andere Forderungsrechte kann der Verkäufer einzustehen haben. Zwar begrifflich beschränken Forderungsrechte nie das Eigentum und belasten vielmehr nur den Eigentümer; nur als Satisfactionsobjekt neben allem andern Vermögen des Schuldners haftet auch das betreffende Sacheigentum dem Gläubiger. Allein wenn Forderungsrechte auch das dingliche Recht an der Sache nicht zu mindern vermögen, so sind sie doch wohl geeignet einen aus demselben gegen den Träger des Forderungsrechts erwachsenden Anspruch zu hemmen. Das BGB. hat die Fälle, wo dies zutrifft, erheblich vermehrt, indem es an verschiedenen Stellen bestimmt, dass die Passivlegitimation aus obligatorischen Ansprüchen von Gesetzeswegen mit dem Sacheigentum auf den Erwerber übergehen solle: so in der Regel „Kauf bricht nicht Miete“ § 571, so wenn der Sondernachfolger in einen Anteil gewisse Verpflichtungen übernehmen muss § 746, 751, so endlich generell, wenn der, welcher das Eigentum gemäss § 931 durch Abtretung des (dinglichen oder obligatorischen) Anspruchs auf Herausgabe erwirbt, nach § 986 alle Einreden aus der Person seines Vormanns gegen sich gelten lassen muss. Schliesslich muss aber der Käufer auch wegen aller solcher Fremdrechte sich an den Verkäufer halten können, die ohne sein Eigentum oder die aus demselben resultierenden Ansprüche in

[1]) Protoc. Seite 1319 ff., Mot. II, Seite 214. Dagegen kann die Vertragsauslegung nach Treu und Glauben unter Umständen ein anderes ergeben, z. B. wenn in einer Gegend wegen zersplitterten Grundbesitzes gewisse Weg- und Triftgerechtigkeiten so häufig sind, dass ihre Übernahme durch den Käufer sich von selbst versteht.

irgend einer Weise zu berühren, gegen ihn als Eigentümer gerichtet sind[1]). Dies folgt schon daraus, dass man für nötig hielt, die Haftung für öffentliche Abgaben, die nur aus dem zuletzt angegebenen Gesichtspunkt in Betracht kommen kann, besonders auszuschliessen. Auch possessorische Ansprüche kann der Verkäufer zu vertreten haben, wenn er selbst fehlerhaft besass, und der Käufer die Fehlerhaftigkeit beim Besitzerwerb kannte, da solchenfalls die Besitzansprüche auch gegen den Sondernachfolger gehen §§ 858 Abs. 2 S. 2, 861, 862.

Unter allen Umständen genügt zur Begründung der Haftung, dass das Fremdrecht besteht; es wird nicht erfordert, dass es geltend gemacht worden sei. Bei folgerichtiger Handhabung des Verschaffungsprinzips könnte nicht einmal verlangt werden, dass eine Geltendmachung des Fremdrechts möglich sei, wofern es nur besteht und begrifflich das zu verschaffende Recht mindert. Allein hier hat das Gesetz in § 434 eine Schranke gesetzt, indem es immerhin fordert, dass die den Käufer beeinträchtigenden Fremdrechte wenigstens geltend gemacht werden können. Es entspricht auch sonst dem Gesetz, dass ein Anspruch, dessen Geltendmachung (z. B. durch Einrede) ausgeschlossen ist, ignoriert wird (§ 813, 886, 1169).

Kraft gesetzlicher Vorschrift wird endlich in den Fällen des § 435 auch bei blossem Schein eines Fremdrechts gehaftet, obwohl hier der Verschaffungspflicht begrifflich genügt ist. Die praktisch bedeutsamste Folge des § 435 ist übrigens die, dass der Verkäufer die Kosten der Löschung zu tragen hat, während im übrigen die Kosten der Auflassung und Eintragung den Käufer treffen, § 449.

Aber auch ohne dass Fremdrechte vorliegen, sind Mängel im Recht des Käufers denkbar. Gesetze, obrigkeitliche Anordnungen, Zwecksatzungen können, ohne entsprechende Rechte für Dritte zu begründen, den Eigentümer sowohl in der Ausübung seines Rechtes als in der Verfügung über dasselbe be-

[1]) So z. B. Ansprüche auf Zahlung von Prämien, Beiträgen, Umlagen etc., die gegen den Eigentümer als solchen aus privatrechtlichen Titeln gehen.

einträchtigen, so dass von einem Vollrecht nicht mehr die Rede sein kann. Doch ist hier sofort eine Einschränkung zu machen. Begrifflich hat das Eigentum keine Schranken. Aber das Gesetz hat es für notwendig gehalten, im öffentlichen Interesse hiervon Ausnahmen zu machen z. B. im Nachbarrecht. Art. 111 E. G. eröffnet dem Landesrecht die Möglichkeit weiterer Ausnahmen. Thatsächlich untersteht nach moderner Rechtsanschauung das Eigentum in weitem Umfang öffentlicher Controlle. Die Folge ist, dass auch der Käufer nur ein solches Eigentum beanspruchen kann, wie es der jeweiligen Rechtsordnung entspricht. Der Verkäufer haftet sonach nicht für solche das Eigentum an Sachen der betreffenden Art allgemein beschränkende Umstände, z. B. Beschränkungen durch nachbarrechtliche Bestimmungen, durch Bauverbote, Wald- und Feldculturvorschriften u. dgl. Wie weit dies geht, kann zweifelhaft sein. Man wird darauf abstellen müssen, ob die Beeinträchtigung eine solche ist, die dem Eigentümer nach der Anschauung seiner Zeit ohne Entschädigung auferlegt werden kann. Für eine Einbusse, die den Käufer selbst jederzeit ersatzlos treffen kann, soll er vom Verkäufer keinen Ersatz verlangen können, auch wenn er sie von diesem übernimmt. Den Gegensatz, wobei der Verkäufer haftbar ist, bilden die Fälle, in welchen die Beschränkung gegen Entgelt oder unter Verzicht auf angebotenes Entgelt errichtet wurde oder aus besonderen Gründen von dem Eigentümer zu vertreten ist, so z. B. bei eingeleiteter Zwangsenteignung, bei Verkoppelung, bei dinglicher Einziehbarkeit (St.GB. § 295); dazu tritt die Beschränkung durch Zwecksatzung z. B. in zahlreichen Fällen von Extracommercialität im modernen Sinn, die sich in Gebrauchs- oder Veräusserungsbeschränkungen erschöpft (res publicae publico usui destinatae, Festungswälle, Gräber, res consecratae etc.).

Dagegen haftet kraft gesetzlicher Ausnahme in § 436 der Verkäufer eines Grundstücks nicht für die Freiheit des Grundstücks von öffentlichen Abgaben und anderen öffentlichen

Lasten, die zur Eintragung ins Grundbuch nicht geeignet sind. Der Ausdruck des Gesetzes ist schief: öffentliche Abgaben und Lasten beschweren nicht das Grundstück, nicht das Eigentum am Grundstück, sondern den Eigentümer; das Grundstück vermittelt nur die Passivlegitimation seines Eigentümers. Der Relativsatz am Schluss ist missverständlich. Die Unfähigkeit zur Eintragung ist bei öffentlichen Rechtsverhältnissen selbstverständlich, da das Grundbuch nur dem Privatrechtsverkehr dient. Diese Unfähigkeit ist aber auch nicht auf öffentliche Lasten beschränkt, und sie ist endlich auch nicht der Grund für die besondere Behandlung der öffentlichen Lasten. Der Grund ist vielmehr der: es muss in den betreffenden Fällen dem Käufer die „Erkundigungspflicht imputiert" werden[1]). Für nichteintragungsfähige Privatfremdrechte hat der Verkäufer einzustehen.

Auch der Inhalt der Bestimmung giebt zu Bedenken Anlass. Was das Gesetz unter „öffentlichen Lasten" versteht, ist nicht ersichtlich. Das Landesrecht, auf welches verwiesen zu werden pflegt[2]), giebt wohl die Erscheinungen, bezüglich deren eine Subsumtion unter den erwähnten Begriff in Frage kommt, eine Definition des Begriffs giebt es nicht. Man wird die öffentlichen Abgaben oder anderen öffentlichen Lasten „des Grundstücks" erklären dürfen als Pflichten zur Leistung, Duldung oder Unterlassung, die den Eigentümer eines Grundstücks als solchen auf Grund seines Unterordnungsverhältnisses zum Staat oder einer andern ihm als Einzelnen übergeordneten Korporation treffen. Besondere Schwierigkeit macht die Abgrenzung gegen die oben S. 56 f. erwähnten gesetzlichen Eigentumsregulierungen, da sich der Übergang vom einen zum andern unmerklich vollzieht. Für die gegenwärtige Erörterung ist diese letzte Abgrenzung übrigens ohne Bedeutung, da hier wie dort, wenn auch aus verschiedenen Gründen, eine Haftung des

[1]) Mot. II, Seite 215; Irrtum des Käufers ist unbeachtlich. Dernburg, bürg. Recht Bd. II, § 180, Anm. 7, Seite 40.

[2]) Örtmann, Seite 158, Nro. 3 zu § 436.

Verkäufers nicht stattfindet. Die Beispiele für § 436 bietet das Landesrecht, den Hauptfall werden Grundsteuern und -Abgaben bilden, ferner Regalien, wo solche sich noch finden, Weide- und Wegbaulasten, Deich- und Siellasten u. dgl.

Für Abwesenheit derartiger Lasten also hat der Verkäufer nicht einzustehen. Dagegen liegen ihm, wo es sich um eine Pflicht zu wiederkehrenden Leistungen handelt, die während seiner Besitzzeit verfallenen, rückständigen Leistungen ob[1]). Es handelt sich bei denselben nicht um eine Haftung gegenüber dem Käufer, da dieser in der Regel gar nicht in Anspruch genommen werden kann. Als Ausnahme ist § 436 nicht analog anzuwenden. Für öffentliche Abgaben aus beweglichen Sachen haftet der Verkäufer, wenn der Käufer nicht Kenntnis von denselben hatte[2]). Die Motive a. a. O. fügen bei: „dass der Veräusserer dem Erwerber im Fall besonderer Zusicherung oder seines Dolus für öffentliche Lasten und Abgaben überhaupt haftet, braucht nicht ausgedrückt zu werden.“

II. Eine Haftung für Mängel im Recht hat nicht statt, wenn einer der Fälle vorliegt, wo ein Rechtserwerb vom Nichtberechtigten Platz greift, der den Mangel ergänzt. Es sind die Fälle der §§ 892, 893, 932—936, 1244, 2366, 2370; 926; 1032, 1207; 135, 161, CPO. § 325, KO. § 7, 15. Durch dieselben wird das Auftreten von Mängeln im Recht des Käufers erheblich beschränkt. Denkbar ist ein solches Auftreten aber auch jetzt noch.

Nicht zutreffend ist es, wenn Hachenburg, Gutachten aus dem Anwaltsstand z. I. Entw. Heft 2 S. 129 f. sagt: „für Entwehrung und Schadensersatz sei bei Grundstücken überhaupt kein Raum,“ und noch nicht richtig ist es, wenn Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse 1897 S. 10 sagt, § 892 f., 932 ff. ergeben, dass eine Haftung für Mängel

[1]) §§ 446, Abs. 1, Satz 2, 103; Mot. II, Seite 215.

[2]) Mot. II, Seite 215; Planck, Seite 228 zu § 436. Dies führt allerdings zu seltsamen Resultaten (Haftung für Hundesteuer), die erkennen lassen, dass § 436 auch in seiner Beschränkung auf Grundstücke ein Missgriff war.

im Recht nur in Frage komme, wenn der Käufer zwischen dem Vertragsschluss und der Übergabe der Sache von dem Mangel Kenntnis erlange.

§ 892 lässt Raum für eine Haftpflicht des Verkäufers:

1. wenn der Käufer von einem mit einer Unrichtigkeit des Grundbuchs zusammenhängenden Rechtsmangel in der Zeit zwischen dem Vertragsschluss und dem nach § 892 Abs. 2 für die Wirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts entscheidenden Zeitpunkt Kenntnis erlangt, oder wenn ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist; der Kenntnis steht auch grobfahrlässige Nichtkenntnis nicht gleich;

2. wenn die zur Eigentumsübertragung erforderliche Einigung, Auflassung und Eintragung (§§ 873, 925) aus einem Grund nichtig ist, der die Giltigkeit des obligatorischen Vertrags unberührt lässt, sei es, dass rechtsgeschäftliche Voraussetzungen nicht erfüllt sind, oder dass Formvorschriften verletzt sind, welchen die Bedeutung von Giltigkeitsvorschriften zukommt;

3. wenn es sich um einen Rechtsmangel handelt, der durch § 892 nicht ergänzt wird; § 892 bewirkt, dass bei einem ihm entsprechenden Erwerb sämtliche eintragungsfähigen und eingetragenen Thatbestände als richtig, sämtliche eintragungsfähigen und nicht eingetragenen Thatbestände[1]) als nicht vorhanden gelten. Danach bestimmt sich der Bestand des vom Nachfolger erworbenen Rechts. Eintragungsfähig sind nicht nur sämtliche dinglichen Rechte des Reichsrechts und die Sachenrechte des vorbehaltenen Landesrechts, soweit sie für eintragungsfähig erklärt sind, sondern auch blosse Verfügungsbeschränkungen zu Gunsten bestimmter Personen, selbst wenn sie nicht mit dinglichen Rechten Dritter zusammenhängen[2]). Nichteintragungs-

---

[1]) Vergl. aber Art. 127, 128 E. G. zum BGB., § 90 Gr.O, württ. Verordn. v. 30. Juli 1899 § 4.

[2]) Von den relativen Veräusserungsverboten zu Gunsten bestimmter Personen sind die absoluten V. V., und von den Verboten der dinglichen Veräusserung diejenigen, welche sich auf die Begründung einer Verpflichtung zur Veräusserung beziehen, zu unterscheiden, endlich vom Veräusse-

fähig und darum durch § 892 nicht zu beseitigen sind die nicht für eintragungsfähig erklärten Fremdrechte des vorbehaltenen Landesrechts (Gr. O. § 83), ferner die durch positive Vorschrift des BGB. von der Eintragung ausgeschlossenen Rechte (§ 914, 917) und Fremdrechte, die nicht Sachenrechte sind. (Forderungsrechte z. B. das des Mieters nach § 571, Vermögensrechte familienrechtlicher Natur z. B. elterlicher, ehemännlicher Niessbrauch, possessorische Ansprüche.) Endlich werden nicht ergänzt Rechtsmängel, die nicht in Rechten Dritter bestehen, (ob. S. 56), abgesehen vom Fall des relativen Veräusserungsverbots.[1])

Bei beweglichen Sachen (§ 932) ist eine Haftung denkbar[2]):

1. wenn die Sache dem Eigentümer oder Besitzmittler gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war; Ausnahme § 935 Abs. 2, Ausnahme von der Ausnahme HGB. § 367;

2. wenn der Käufer beim Erwerb der Sache nicht in gutem Glauben war[3]), wofern ihm nur beim Abschluss des obligatorischen Vertrags der Mangel unbekannt war, da andernfalls die Haftung des Verkäufers durch § 439 ausgeschlossen wird;

3. wenn das dingliche Veräusserungsgeschäft aus irgend einem Grund nichtig ist[4]);

4. wenn ein Rechtsmangel in Frage kommt, auf den § 932 ff. sich nicht bezieht. Ergänzt wird durch gutgläubigen Erwerb nach § 932 der Mangel des Rechts, das fehlende Eigentum selbst, und nach § 936 ein solcher Mangel im Recht, der in einer Belastung des Eigentums mit dem Recht eines Dritten besteht. Ferner wird nach § 135 auch ein solcher Mangel im Recht des Ver-

---

rungsverbot der sonst begründete Mangel des Veräusserungsrechts und die obligatorische Verpflichtung zur Unterlassung der Veräusserung; vergl. hierzu Bekker, Pand. Bd. I, Seite 352 ff. § 79.

[1]) Ausnahme von der Ausnahme KO. § 42.

[2]) Vergl. zum folgenden besonders Wendt, Erwerb von Nichtberechtigten, Archiv. f. d. civ. Praxis, Bd. 89, Seite 1 ff.

[3]) Wendt a. a. O., Seite 1—16.

[4]) Wendt, Seite 21—28.

äusserers ergänzt, der in einem gegen denselben gerichteten Veräusserungsverbot zu Gunsten bestimmter Personen besteht[1]). Andere Rechtsmängel werden nicht ergänzt.

Hand in Hand mit dem Veräusserungs*verbot* zu Gunsten einer bestimmten Person geht meist, wenn auch nicht notwendig, ein Veräusserungs*recht* derselben Person; möglich ist aber auch, dass das Fehlen des Veräusserungsrechts beim sonst Berechtigten *lediglich* die Folge eines Fremdrechts auf Veräusserung ist, *ohne* dass ein ausdrückliches Veräusserungsverbot an den sonst Berechtigten gerichtet wird; endlich ist auch denkbar ein Fremdrecht zur Veräusserung *neben* eigener Veräusserungsbefugnis der sonst Berechtigten (Pfandrecht).

Neben die Fälle des Erwerbs vom nur vermeintlich, nicht wirklich veräusserungsberechtigten, wirklichen Eigentümer und vom vermeintlichen Eigentümer stellt Wendt[2]) den Fall des Erwerbs vom Nichteigentümer, der als solcher *erkannt* ist, in der irrtümlichen Annahme einer in Wirklichkeit nicht vorhandenen *Verfügungsgewalt*. Dem dürfte folgendes Bedenken entgegenstehen: wenn der Nichteigentümer kraft gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher *Vertretungsmacht* und *ohne* ein nach aussen hervortretendes *Recht*, mit Wirkung für den Eigentümer zu handeln (wobei er im eigenen Namen

[1]) Wendt, Seite 41—56. § 135 beweist, dass ein Verstoss gegen ein relatives Veräusserungsverbot das dingliche Veräusserungsgeschäft nicht nichtig macht; da die Ergänzung des Verstosses gegen ein relatives V.V. sich auf § 135, nicht auf § 932 gründet, war es nur folgerichtig, dass § 932 in KO. § 7 nicht angezogen wurde, § 135 brauchte nicht angeführt zu werden, da KO. § 7 nur eine glatte Anwendung des § 135 darstellt; § 892, 893 sind erwähnt wegen der sich aus diesen §§ ergebenden Notwendigkeit der Eintragung der Konkurseröffnung und ihrer Folgen für das Verfügungsrecht des Cridars; an KO. § 7 lehnt sich KO. § 113 an. Zweifelhaft erscheint, ob die Bestimmung des § 42 KO. auf Mobiliarveräusserungen auszudehnen ist. Allein die hier enthaltene Bestimmung ist so singulär, dass eine analoge Anwendung nicht angebracht erscheint (A. M. Wendt, Seite 26). Der Eingriff des § 42 ist bei Grundstücksveräusserungen, wo es sich um grössere Werte handelt, zu billigen, nicht aber bei Mobiliarveräusserungen.

[2]) Seite 61—84.

handeln würde), im Namen des Eigentümers zu handeln behauptet, so ist das Vorhandensein der Vertretungsmacht Voraussetzung der Giltigkeit des Rechtsgeschäfts, ihr Mangel Mangel des Rechtsgeschäfts, der nur gemäss § 185, nicht aber durch den guten Glauben ausgeglichen werden kann (vgl. Wendt S. 22). Hierher gehören die Fälle des falsus tutor, des falsus procurator, des vermeintlichen Testamentsvollstreckers und Nachlassverwalters, überhaupt alle Fälle vermeintlicher direkter gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Stellvertretung. Von diesen Fällen zu scheiden sind diejenigen, wo der sonst Nichtberechtigte, Nichteigentümer, kraft eigenen Rechts in der Lage ist mit Wirkung für den Eigentümer im eigenen Namen Veräusserungen vorzunehmen. Hier handelt es sich nicht um eine Ergänzung fehlender Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts. Der Dritte handelt im eigenen Namen und erfüllt sämtliche Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts in seiner Person. Nur das ihm fehlende Recht zur Veräusserung wird ersetzt, wobei zu beachten ist, dass eventuell nicht nur das Recht des veräussernden Dritten, sondern auch das fehlende Recht des vermeintlichen Eigentümers, von dem er sein Verfügungsrecht herleitet, ergänzt werden kann. Für diese Fälle behält Wendt Recht: es findet ein Erwerb vom Nichtberechtigten, der als solcher erkannt ist, statt. Ausdrücklich anerkannt ist dies beim veräussernden Pfandgläubiger in § 1244. Einer analogen Ausdehnnng steht nichts im Weg, § 932 scheint vielmehr auf eine solche hinzuweisen, wenn er ganz allgemein vom „Veräusserer“ spricht, obschon er sich auch auf den vermeintlichen Eigentümer hätte beschränken können. Hierher gehört insbesondere auch der Fall, wenn der Ehemann in Überschreitung seines Verwaltungsrechts eingebrachte Sachen der Frau veräussert, sofern nur der Erwerber davon ausgeht, dass er kraft seines Verwaltungsrechts verfügungsberechtigt sei[1]). Da die Vermögensverwaltung des

[1]) Der Grund ist also ein anderer, als wenn die Ehefrau den Beschränkungen, denen sie nach § 1395—1403 unterliegt, zuwider veräussert, da es

Vaters nach § 1627, 1638 auf einem Recht des Vaters beruht, gehört auch dieser Fall hierher.

Auf diesem Wege lässt sich auch eine selbständige Bedeutung für § 366 HGB. gewinnen, der nach der Auffassung Wendts S. 67 f., als schon aus dem gemeinbürgerlichen Recht zu folgern, überflüssig erscheint. Man kann nämlich in demselben eine Ausnahme von der Regel, dass Mängel der Vertretungsmacht durch den guten Glauben nicht ausgeglichen werden können, für das Gebiet des Handelsrechts erblicken. Damit ist der Kaufmann nicht von der Pflicht zur Prüfung der Vollmacht schlechthin entbunden, da ja grob fahrlässiges Nichtkennen des Vollmachtsmangels seinen guten Glauben ausschliesst, ohne den nichts ergänzt wird. § 366 legt die hier vertretene Auslegung selbst nahe, indem er nicht von einem Recht zur Verfügung, sondern nur von einer Befugnis, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen spricht, unter welche sich die Vertretungsmacht leicht einbegreifen lässt. Auf diese Weise wird auch der für das Handelsrecht besonders wichtige Fall des Verkaufscommissionärs, auf welchen das Eigentum am Commissionsgut nicht übertragen wurde, den Regeln über gutgläubigen Erwerb zugänglich. Allerdings tritt der Commissionär auch dann als indirecter Stellvertreter auf. Aber die Wirkung der von ihm vorgenommenen Eigentumsübertragung beruht auf der ihm vom Committenten erteilten, wenn auch intern gebliebenen Vollmacht, der Commissionär handelt zwar in eigenem Namen, aber nicht kraft eigenen Rechts, über die Sache zu verfügen. Hier ist § 366 behilflich zur Ergänzung von Mängeln der Vollmacht. Anders natürlich wenn das Eigentum am Commissionsgut vom Committenten auf den Commissionär übergehen sollte. Dann erwirbt der Dritte vom vermeintlichen Eigentümer, es liegt also der Normalfall des § 932 BGB. vor.

sich hierbei um Verletzung eines Veräusserungsverbots handelt; es kann daher auch keine Rede davon sein die Ausnahme des § 1404 gegenüber § 135 auf den Fall der Veräusserung durch den Mann auszudehnen. (Im Resultat ebenso Wendt Seite 48—50).

c. die besonderen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung nach § 440, Abs. 2—4.

§ 16.

§ 440 Abs. 2—4 stellt noch weitere, besondere Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Nichterfüllung auf, wenn folgende Umstände zusammentreffen:

1. der Kauf muss eine bewegliche Sache zum Gegenstand haben oder wenigstens ein Recht an einer beweglichen Sache, das zum Besitz der Sache berechtigt[1]);

2. die Sache muss zum Zweck der Eigentumsübertragung übergeben worden sein;

3. der die Nichterfüllung begründende Rechtsmangel muss in dem Recht eines Dritten seinen Grund haben, das zum Besitz der Sache berechtigt (vgl. Anm. 1).

§ 440 Abs. 2—4 findet keine Anwendung auf den Kauf von Grundstücken[2]), von Rechten, die nicht zum Besitz der Sache berechtigen, von Forderungen, von Rechten, die überhaupt nicht gegen bestimmte Dritte gerichtet sind; er findet ferner nicht Anwendung, solange die Sache noch nicht übertragen ist, oder wenn sie zu anderm Zweck als zur Eigentumsübertragung übergeben wurde; er findet endlich nicht Anwendung, wenn das beeinträchtigende Fremdrecht kein solches ist, das zum Besitz der Sache berechtigt, oder wenn der Rechtsmangel überhaupt nicht von einem Fremdrechte herrührt (z. B. der Rechtsmangel der Einziehbarkeit nach St.GB. § 295).

Unter den erwähnten Umständen bedarf es, damit ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung statthabe, der Erfüllung einer der folgenden, weiteren Voraussetzungen:

---

[1]) Als solches kommt nach dem BGB. nur das Niessbrauchsrecht in Betracht; das Pfandrecht berechtigt als solches nicht zum Besitz der Pfandsache, sondern giebt nur einen (dinglichen) Anspruch auf Herausgabe zum Zweck des Verkaufs; daran ändert nichts, dass die rechtsgeschäftliche Bestellung des Pfandrechts der Regel nach Besitzübergabe erfordert.

[2]) Protoc. Seite 1328 f.; A. M. Cosack, Seite 125 III 4, Seite 419.

es muss entweder

1. die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben sein. Dass der Dritte sein Recht geltend gemacht oder etwa gar im Prozessweg verfolgt habe, ist nicht erforderlich; eine solche Geltendmachung braucht nicht einmal in Aussicht gestanden zu haben; der Käufer kann von sich aus und, ohne dass ihm der Dritte Anlass dazu gab, zurückgewähren; mit Rücksicht auf das fremde Recht, nicht notwendig auf Grund desselben, muss die Rückgewähr stattgefunden haben. Aber das Fremdrecht muss bestanden haben. Doch ist einem bestehenden ein durch unrichtiges Urteil zu Unrecht rechtskräftig festgestelltes Recht gleich zu achten. Durch Schluss a maiore ad minus ergiebt sich auch, dass es genügen muss, wenn sich der Dritte die Sache kraft seines Rechts auch ohne Zuthun des Käufers oder wider dessen Willen selbst verschafft, also nicht von ihm empfängt; oder

2. es muss die Sache dem Verkäufer zurückgewährt oder

3. untergegangen sein. Unrichtig wäre es zu sagen, dass der Käufer, der vom Zeitpunkt der Sachübergabe an die Gefahr für den Untergang der Sache trage, nach eingetretenem Untergang um nichts schlechter gestellt sei, als wenn ihm das volle Recht an der Sache verschafft gewesen wäre. Der Schaden, dessen Ersatz begehrt wird, bestand mit der Thatsache der Nichtverschaffung des vollen Rechts. Der Nachweis, dass der Schaden, wenn er nicht schon vorhanden gewesen wäre, in anderer Weise eingetreten wäre, entlastet den Schuldner nur in Ausnahmefällen, (§ 287, 848), die hier nicht vorliegen. Nicht ins Gewicht fallen kann der Umstand, dass der Schadensersatzanspruch erst mit dem Untergang der Sache entsteht, da der Schaden gleichwohl schon vorher bestand; oder es muss

4. die Sache dem Käufer so abhandengekommen sein, dass ihm ein Anspruch auf Herausgabe gegen den nunmehrigen Besitzer zusteht, den er an Stelle der Rückgewähr dem Verkäufer abtreten kann; oder es muss

5. der Käufer den Dritten oder dieser jenen beerbt haben, oder der Käufer muss das Recht des Dritten sonstwie entgeltlich oder unentgeltlich, eventuell nach Abfindung des Dritten erworben haben; es genügt m. a. W. jeder Rechtserwerb, der nicht auf eine Verschaffung durch den Verkäufer zurückgeht.

Infolge dieser Bestimmungen ruht der Ersatzanspruch des Käufers dauernd,[1])

1. wenn der Käufer den Voraussetzungen für die Geltendmachung des Ersatzanspruchs zwar genügen kann, aber nicht genügen will;

2. wenn die Sache im Besitz eines andern ist, von dem der Käufer die Herausgabe nicht fordern kann.[2])

Das Ergebnis zu Ziff. 1 ist vollauf gerechtfertigt; der Käufer hat sich dasselbe selbst zuzuschreiben. Das Ergebnis zu Ziff. 2 zeigt eine offensichtliche Lücke des § 440. Hätte man an diesen Fall gedacht, so würde man auch ihn in § 440 berücksichtigt haben. Zu dieser Annahme berechtigt die ganze Entstehungsgeschichte des § 440: man brachte bei, was man eben fand, zum Teil in letzter Stunde[3]), und unterliess es ein umfassendes Princip zu geben. Der gemeinsame Grundgedanke sollte sein, man müsse vermeiden, „dass der Käufer eine Entschädigung wegen des Rechtsmangels erhalte und gleichzeitig im Genuss der Sache verbleibe“ [4]). Allein dazu bedurfte es des § 440 Abs. 2—4 nicht. Denn entweder verlangt der Käufer nur Ersatz wegen des Rechtsmangels, also nicht zugleich auch wegen Nichtverschaffung der Sache, dann war ihm die Sache zu belassen; oder er verlangt Ersatz wegen totaler Nichterfüllung, weil infolge des Rechtsmangels die Sachübergabe kein Interesse für ihn besitzt, dann war die Sache schon gemäss § 325, 280 Abs. 2 zurückzugewähren, wie

---

[1]) Cosack, § 125 III 3, Seite 419.

[2]) Cosack a. a. O., z. B. der Käufer hat seinerseits weiterveräussert und übergeben.

[3]) Protoc. Seite 8438 f.

[4]) Protoc. Seite 1330.

sie denn hiernach auch in allen Fällen zurückzugewähren ist, wo § 440 Abs. 2—4 nicht Anwendung findet (Grundstückskauf etc.).

Somit erweisen sich die Bestimmungen des § 440 Abs. 2—4 vom eigenen Standpunkt ihrer Urheber aus als überflüssig. Mehr für sich hatte es, wenn für den I. Entw. die noch weiter gehenden Beschränkungen des Verschaffungsprincips, die dort aufgenommen waren, auf praktische Rücksichten gegründet wurden, indem man vorbrachte: solange der Dritte sein Recht nicht mit Erfolg geltend gemacht habe, wäre das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien auf Grund der Voraussetzung, der Dritte habe das Recht, in definitiver Weise allermeist kaum oder schwer zu ordnen, da es insbesondere an der Grundlage für die Berechnung des zu erstattenden Interesses meist fehle[1]). Dieser Gesichtspunkt wurde von der 2. Kommission[2]) jedoch ausdrücklich zurückgewiesen. Dass man es gleichwohl nicht bei der Consequenz der Regel beliess und zur Aufstellung von Ausnahmen griff, hat seinen tieferen Grund, wenn man sich dessen auch nicht bewusst war, in der Nachwirkung des gemeinrechtlichen Evictionssystems. § 440 Abs. 2—4 bedeutet eine Annäherung an das Evictionsystem — nur eine Annäherung, aber doch eine Annäherung.

2. Die Begründung der Garantiehaftung des Verkäufers.

§ 17.

I. Die herrschende Meinung geht dahin: der Verkäufer trägt die Garantie für Abwesenheit von Rechtsmängeln zur Zeit des Vertragsschlusses. Es bleibt ausser Betracht, ob den Verkäufer ein Verschulden trifft, dass er einen etwa vorhandenen Rechtsmangel nicht kannte, wie es unbeachtlich sein soll, ob ihm eine Beseitigung des Mangels möglich gewesen wäre.

II. Zu gründen ist die herrschende Meinung nicht auf eine ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes; eine solche ist

[1]) Mot. II, Seite 218.

[2]) Protoc. Seite 1329.

nicht gegeben[1]). Für dieselbe besteht auch keine logische Notwendigkeit; das Gegenteil der herrschenden Meinung ist sehr wohl denkmöglich. Ebensowenig hat man den vermutlichen Parteiwillen als die Grundlage zu betrachten. Vielmehr wird die Garantiehaftung des Verkäufers bezeichnet als Ergebnis der allgemeinen Grundsätze über die Unmöglichkeit der Leistung in ihrer Anwendung auf den Kauf.[2]) Mit diesen Grundsätzen steht und fällt die Garantiepflicht des Verkäufers, die aus ihnen gefolgert wird.

III. Man sagt: die Unmöglichkeit, einen vorhandenen Rechtsmangel zu beseitigen, ist stets eine subjective, da sie jedenfalls nicht für jedermann besteht. Für anfängliche d. h. zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandene subjective Unmöglichkeit (sog. „Unvermögen") haftet aber der Schuldner unbeschränkt. Also haftet der Verkäufer für Rechtsmängel, die zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden waren, unbeschränkt.

Der Lehrsatz von der Wirkung der anfänglichen subjectiven Unmöglichkeit seinerseits ist dem gemeinen Recht entnommen. Er ist im BGB. nicht ausdrücklich enthalten, sondern wird nur durch argumentum e contrario aus § 306 gewonnen. Zweifellos entspricht er den Intentionen der Urheber des Gesetzbuchs[3]). Aber diese binden nicht, sofern sie nicht im Gesetz Ausdruck gefunden haben, was hier nicht geschehen ist. Die gemeinrechtliche Begründung der erwähnten Lehre[4]) ist nachdrücklich bekämpft worden zuerst von Brinz[5]) und dann von

---

[1]) Das Wort „haften" drückt nicht sowohl den Gegensatz von Garantiemässigkeit und blosser Schuldfolge, als den der subsidiären Prästationspflicht zur primären Leistungspflicht aus.

[2]) So auch Protoc. Seite 1317 f.

[3]) Mot. II, Seite 176 f., vergl. Seite 45, 216, 220; Protoc. Seite 904—906.

[4]) Durch Friedr. Mommsen, Beiträge z. Obl. R. I die Unmöglichkeit der Leistung; die neuesten Bearbeitungen der Lehre durch Kleineidam, in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess Bd. 7, Hft. 1 und Biermann, Archiv. f. d. civil. Prax. Bd. 91, Hft. 1, stehen im wesentlichen noch auf seinem Standpunkt.

[5]) Krit. Überschau Bd. 5 (1857), Seite 278.

G. Hartmann[1]). In der That lassen sich gewichtige Bedenken[2]) nicht unterdrücken. Logisch notwendig ist nur eins: die objectiv unmögliche Leistung kann nicht bewirkt werden. Nicht zwingend ist der Schluss hieraus, der auf eine objectiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag sei nichtig; ein solcher Vertrag ist nicht undenkbar, sondern nur unzweckmässig, möglicherweise unvernünftig. Um nichts sinnvoller ist aber der auf eine subjectiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag, da jedenfalls der Schuldner auch hier nicht leisten kann. Beide Verträge gewinnen guten Sinn mit dem Eintreten der Prästationspflicht. Ferner: das argum. e contrario auf Giltigkeit des Vertrags über subjectiv unmögliche Leistungen ruht auf unbewiesener Prämisse[3]). Ferner: die Unterscheidung von subjectiver und objectiver Unmöglichkeit ist eine unpraktische, unsichere (weil mit den Fortschritten menschlichen Könnens sich verschiebende) und an den Übergängen völlig verschwimmende. Besonders zu betonen ist, dass die Giltigkeit des Vertrags über eine subjectiv unmögliche Leistung noch in keiner Weise eine Garantiepflicht des Schuldners bedingt. Man hat dies gefühlt, und geglaubt, die Lücke durch den Satz ausfüllen zu können: für seine persönlichen Fähigkeiten hat jeder einzustehen, wenn er sie behauptet. Der Satz enthält ein Postulat der Billigkeit; aber eben deshalb kann auch gesagt werden, er ist nur soweit berechtigt, als dem Behauptenden ein Verschulden zur Last fällt; wo ihm ein Vorwurf aus der Nichtkenntnis behaupteter eigener Fähigkeit nicht gemacht werden kann, wäre es unbillig, ihm eine Haftung aufzubürden. Wo er nur eine Probe zu machen hat, um sich über seine Fähigkeit zu vergewissern, handelt er diligenzwidrig, wenn er die Probe unterlässt. Aber gerade wenn es sich um die Fähigkeit zur Rechtsübertragung handelt,

[1]) Obligation Seite 166 ff.; Jher. Jahrb. Bd. 22, Seite 421 ff.

[2]) Dieselben sollen hier nur geäussert werden; sie zu begründen ist hier nicht der Ort.

[3]) Es ist nicht erwiesen, warum der Vertrag über eine objectiv unmögliche Leistung notwendig nichtig, und warum nur er nichtig sein soll.

giebt es keine exacte Probe, möglich ist hier nur eine Prüfung, und wo diese mit verkehrserforderlicher Sorgfalt vorgenommen wurde, ist der Billigkeit genügt.[1])

Erscheint hiernach die Begründung, welche der herrschenden Lehre bisher gegeben wurde, als nicht zwingend, so ist andererseits allerdings nicht zu verkennen, dass die herrschende Lehre in der Praxis stets unbedenklich angewendet wurde und sich namentlich infolge ihrer einfachen und klaren Formulierung entschieden bewährt hat. Auch der allgemeine Gesichtspunkt wird mit Erfolg geltend zu machen sein[2]), dass es durchaus dem modernen Rechtsgefühl entspricht, wenn im Interesse der Verkehrssicherheit verlangt wird, jeder Contrahent habe, ohne Rücksicht auf Verschulden, für alle in seiner Sphäre liegenden Fehler schlechthin aufzukommen. Vielleicht ist es möglich, auf diese Weise nicht nur eine Begründung, sondern auch eine Abgrenzung für die herrschende Lehre zu gewinnen.

Man hat übrigens auch auf der Basis der herrschenden Lehre versucht, die Härte der sich ergebenden Consequenzen abzuschwächen: Kleineidam[3]) macht geltend, objective Unmöglichkeit mit der Wirkung der Nichtigkeit des Vertrags liege immer schon dann vor, wenn bei der „sei es gemäss Parteivereinbarung, sei es gemäss allgemeiner Verkehrsanschauung geforderten Kraftanstrengung" die Leistung von niemand bewirkt werden könnte. Für die Bemessung des billiger Weise zu erwartenden Kraftaufwands könnte insbesondere auch der Wert der Gegenleistung, beim Kauf die Höhe des Kaufpreises in Betracht kommen. Weniger gangbar erscheint ein anderer Weg, den

[1]) Nicht zutreffend dürfte es sein, wenn Stammler, das Recht der Schuldverhältn. etc. Studien etc. 1897, Seite 107 unter der Unmöglichkeit im Sinn des § 306 auch die subjective Unmöglichkeit verstanden wissen will, weil die Unmöglichkeit, die „gehoben werden kann" (§ 308) jedenfalls die subjective Unmöglichkeit mitumfasse, und die Unmöglichkeit des § 308 dieselbe sei wie die des § 306. Hierbei wird die Unterscheidung von objectiver und subjectiver Unmöglichkeit mit der zwischen dauernder und zeitweiliger Unmöglichkeit verwechselt.

[2]) Vergl. M. Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung, Seite 57 f.

[3]) a. a. O. Seite 14.

Scherer[1]) zur Abschwächung der Garantiehaftung vorschlägt: im Falle schuldloser Nichtkenntnis des Mangels im eigenen Recht könne der Verkäufer den Vertrag wegen Irrtums anfechten. In Betracht kommen könnte nur ein Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften der Person oder Sache, und ein solcher liegt nicht vor. Übrigens wäre bei Scherers Ansicht viel zu viel gewonnen, da die Anfechtbarkeit wegen Irrtums, wenn sie einmal Platz greift, sich nicht auf die Fälle entschuldbaren Irrtums beschränkt, sondern auch die des unentschuldbaren Irrtums mit umfasst.

3. Die Rechtshilfen des Käufers.

§ 18.

I. Die Rechte des Käufers beim Vorhandensein von Rechtsmängeln bestimmen sich nach den im allgemeinen für gegenseitige Verträge geltenden Vorschriften. Zu beachten ist, dass die Rechtsverschaffung nur einen Teil der dem Verkäufer obliegenden Leistung bildet. Sie muss sich mit der Sachübergabe vereinigen, wenn der Verkäufer erfüllt haben soll.

II. Der Käufer kann Rechte nur gegen den Verkäufer geltend machen, ein Sprungregress gegen die Vormänner findet nicht statt[2]). Hervortreten des Rechtsmangels bei einem Nachmann des Käufers, an den die Sache weiter veräussert wurde, ist weder notwendig noch für sich allein genügend, um ein Regressrecht des Käufers zu begründen. Die Feststellung des Rechtsmangels gegenüber einem Nachmann des Käufers hat zwar jedenfalls Beweiswert, Thatbestandsmerkmal für den Regress ist sie nicht.

III. Im einzelnen steht dem Käufer nach § 440 Abs. 1 vgl. mit § 320—327 zu[3]):

1. Das Recht zur Verweigerung der Gegenleistung. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Sache

[1]) Comment. Ziff. 7, zu § 433, Seite 439.

[2]) Mot. II, Seite 213 f.

[3]) Schwierigkeiten macht die Anwendung der in § 440 Abs. 1 ebenfalls angezogenen §§ 323—325, da sie nur von den Folgen nachfolgender

(wenn es sich um eine solche handelt) übergeben wurde oder nicht. Die Zurückbehaltung kann durch Sicherheitsleistung nicht abgewendet werden. Das Zurückbehaltungsrecht wird aber beschränkt in seinem Umfang durch § 320 Abs. 2: wegen relativ geringfügiger Rückstände soll nicht die gesamte Gegenleistung einbehalten werden können[1]), in seiner Wirkung durch § 322 Abs. 1: es führt nicht zur Abweisung des klagenden Gegners, sondern nur zur Beschränkung der eigenen Verurteilung; doch kommt diese einer Abweisung gleich, wenn dem Gegner die Erfüllung unmöglich ist. Gleichwohl ist die Einrede des nichterfüllten Vertrags auch in diesem Fall keine peremtorische, sondern ihrem Wesen nach eine dilatorische, so dass z. B. BGB. § 813 nicht Anwendung findet. Die Geltendmachung der Einrede im Prozess schliesst die Geltendmachung der übrigen Rechte des Käufers nicht aus: das Recht auf Gegenleistung wird von der Rechtskraft nicht ergriffen.[2])

2. Die Klage auf Erfüllung, insoweit als noch nicht erfüllt ist. Dass die Erfüllung unmöglich ist, hindert weder die Klage auf Erfüllung noch die Verurteilung zur Erfüllung[3]). Doch wird die Rechtsverschaffung, die dem Verkäufer unmöglich ist, im Weg der Zwangsvollstreckung um nichts eher zu erwirken, und insofern das Urteil wertlos sein. Aber auch

---

Unmöglichkeit handeln, während doch, wenn der Verkäufer die ihm nach den §§ 433—437, 439 obliegenden Verpflichtungen nicht zu erfüllen vermag, ein Fall anfänglicher subjectiver Unmöglichkeit vorliegt. Bezüglich der §§ 323—325 kann es sich deshalb nur um eine entsprechende Anwendung handeln.

[1]) Sondern nur ein dem Verhältnis des rückständigen Teils der Gegenleistung zur Gesamtgegenleistung entsprechender Teil („soweit").

[2]) Wach, Vorträge über die RCPO. 2. Aufl. 1896, Seite 140.

[3]) A. M. Kleineidam, Seite 110 und mit Vorbehalt Schollmeyer, das Recht der einz. Schuldverh. Seite 11; allein § 275 kennt einen Anspruch auf Leistung trotz Unmöglichkeit derselben und § 283 eine Verurteilung zur Leistung, wo Unmöglichkeit mindestens nahe liegt; richtig ist nur, dass eine gleichzeitige unbedingte Verurteilung zur Erfüllung und zum Schadensersatz wegen Unmöglichkeit der Erfüllung undenkbar ist, weil sie eine contradictio in adiecto enthielte; vergl. auch Hartmann, Oblig. Seite 252.

dann kann das Urteil wenigstens für die Zwecke des § 283 verwertet werden.

3. Ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung; ein solcher wird im BGB. grundsätzlich nur in drei Gruppen von Fällen zugelassen; es muss entweder

a) die Erfüllung unmöglich sein und gleichzeitig ein Grund vorliegen, aus dem der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat § 325. Hierbei ist zu beachten, dass die durch Rechtsmängel gegebene, anfängliche subjektive Unmöglichkeit der Leistung vom Verkäufer schlechthin zu vertreten ist; oder es muss

b) der Schuldner in Verzug gekommen, vom Gläubiger gemäss § 326 eine Frist gesetzt worden und die Frist abgelaufen sein; im Fall des § 326 Abs. 2 genügt es, wenn der Schuldner in Verzug ist; oder es muss

c) der Gläubiger ein rechtskräftiges Urteil zur Leistung erzielt und gemäss § 283 eine Frist gesetzt haben, und diese Frist muss abgelaufen sein.

Der Weg des § 325 hat den Vorzug der Kürze, da er keine Fristsetzung erfordert; aber er belastet den Gläubiger mit der Beweislast für die Unmöglichkeit der Leistung[1]). Die Wege der §§ 283, 326 sind langwieriger, aber sie überheben den Gläubiger des Nachweises der Unmöglichkeit, da sie diese gar nicht voraussetzen, obschon sie durch dieselbe nicht ausgeschlossen werden. Die nach § 283, 326 notwendige Fristsetzung kann auf Antrag in dem Urteil geschehen, das den Schuldner zur Leistung verpflichtet. Es verbindet sich damit die Androhung, dass der Gläubiger nach fruchtlosem Ablauf der Frist das Recht habe, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern. Die Fristsetzung im Urteil hat übrigens nur die Bedeutung, dass ein künftiger Streit über die Angemessenheit

[1]) Der Gläubiger, der auf vertretbare Unmöglichkeit gemäss § 325 einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung stützt, muss, da es sich um anspruchsbegründende Thatsachen handelt, die Unmöglichkeit und an sich auch die Vertretbarkeit beweisen. Der letztere Beweis kommt hier dadurch in Wegfall, dass der Verkäufer Rechtsmängel unter allen Umständen zu vertreten hat. Es kann daher auch § 282 nicht praktisch werden.

der Frist abgeschnitten wird. Eine Vollstreckung des Schadensersatzanspruchs auf Grund des so beschaffenen Urteils ist auch nach Ablauf der Frist nicht möglich; hierzu bedarf es erneuter Klage und eines neuen Titels.[1])

Unmöglichkeit der Rechtsverschaffung beim Kauf ist, wofern nur Sachübergabe stattfindet, teilweise Unmöglichkeit und berechtigt als solche nur zur Forderung eines entsprechenden teilweisen Ersatzes. Ein Recht zur Zurückweisung des noch möglichen Teils als einer gemäss § 266 unzulässigen Teilleistung soll nicht bestehen[2]). Nur wenn die teilweise Erfüllung für den Gläubiger ohne Interesse ist, kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, § 280 Abs. 2, 283 Abs. 1, § 325 Abs. 1 S. 2, § 326 Abs. 1 S. 3. Der mögliche Teil der Leistung kann, wenn er noch nicht vollzogen ist, abgelehnt werden; ist er bereits vollzogen, so ist das Erhaltene nach den für den Rücktritt geltenden Vorschriften der §§ 346—356 zurückzugewähren. Ohne Interesse ist die Leistung, bei zweckentsprechender Auslegung des § 280, nicht erst dann, wenn sie in keinerlei Richtung auch nur irgend einen Wert hat[3]), aber auch nicht erst und möglicherweise nicht nur dann, wenn sie kein objektives Interesse hat[4]), sondern dann, wenn sie keinen subjectiven[5]) oder objectiven Wert für den mit der Gesamtleistung verfolgten Zweck hat, mag sie zur Erreichung desselben auch einen noch so kleinen Beitrag leisten. Die Beweislast für das Fehlen eines Interesses trifft den Gläubiger.[6])

[1]) Die in Protoc. Seite 646 ausgesprochene Absicht ist nicht erreicht worden. Vergl. hierzu Gaupp-Stein, Comment. zur CPO. 4. Aufl. zu § 255, Seite 529—533. A. M. Seuffert, Comm. z. CPO. 8. Aufl. Nr. 4, zu § 255, Seite 360.

[2]) Protoc. Seite 640 f. Trotzdem sie hier abgeleugnet wird, besteht doch eine Incongruenz zwischen § 280 und 266; denn auch wenn die Teilleistungen zusammen den Wert der Gesamtleistung ausmachen, braucht sich der Gläubiger jene doch nicht gefallen zu lassen.

[3]) A. M. Kleineidam, Seite 111.

[4]) A. M. Stammler, das Recht der Schuldverhältn. etc., Seite 119.

[5]) Wohl zu scheiden vom bloss vermeintlichen Wert.

[6]) Protoc. Seite 641.

Über die weiteren Voraussetzungen, von denen in den Fällen des § 440 Abs. 2 der Ersatzanspruch wegen Nichterfüllung abhängt vgl. oben § 16. Gleichgiltig ist hierbei, worauf der Ersatzanspruch beruht. Insbesondere ist nicht einzusehen, warum die Voraussetzungen des § 440 Abs. 2—4 sich nicht auch an die Fristsetzung nach § 283 sollten anschliessen können[1]). Der zu ersetzende Schaden berechnet sich durchaus nach den hierfür in Betracht kommenden allgemeinen Grundsätzen. Eine Maximalgrenze im alterum tantum des Kaufpreises besteht nicht mehr.[2])

4. In den zu 3. a und b genannten Fällen und weiterhin beim Fixgeschäft (§ 361) hat der Gläubiger ein gesetzliches Rücktrittsrecht, bei teilweiser Nichterfüllung seitens des Schuldners jedoch nur unter der Voraussetzung, dass der bewirkte Teil der Leistung für den Gläubiger ohne Interesse ist. In diesem Fall ist trotz teilweiser Erfüllung ein vollständiger Rücktritt vom Vertrag möglich, in den übrigen Fällen nur ein teilweiser.[3])

Planck[4]) will im Fall anfänglicher subjectiver Unmöglichkeit das Rücktrittsrecht ausschliessen. Dazu ist aber kein Anlass gegeben. Vielmehr beweist § 440 Abs. 1 das Gegenteil, indem er bezüglich der Rechte des Käufers aus der Gewährleistung für die durch Rechtsmängel verursachte anfängliche subjective Unmöglichkeit der Rechtsverschaffung auf die §§ 320—327 verweist, ohne einen Vorbehalt hinsichtlich des Rücktrittsrechts zu machen.[5])

Keinen Unterschied macht es für das Rücktrittsrecht, ob die Sachübergabe bereits stattgefunden hat oder nicht, wo-

[1]) Anders nach dem I. Entw. Mot. II, Seite 55.

[2]) Ein diesbezüglicher Antrag in der Reichstagscommission, der einzige, der zu den §§ 433—443 gestellt wurde, blieb unberücksichtigt (Beschlüsse der Reichstagskommission, Seite 65).

[3]) Entsprechend dem Anspruch auf teilweisen Schadensersatz; Kleineidam, Seite 147.

[4]) Comm. Nr. 6 zu § 325, Seite 104.

[5]) Protoc. Seite 1326 wird das Rücktrittsrecht des Käufers ausdrücklich erwähnt.

fern nur die Rückgewährung der übergebenen Sache gemäss § 346—356 bewirkt werden kann. § 440 Abs. 2—4 findet auf das Rücktrittsrecht keine Anwendung. Die §§ 346—356 dagegen treffen den Verkäufer, der sein Rücktrittsrecht ausübt, mit voller Strenge. Die Milderung des § 327 S. 2 (Haftung nur nach den Vorschriften über ungerechttertigte Bereicherung) käme, unter der dort angegebenen Voraussetzung, nur dem Verkäufer zu gut, ist aber hier unpraktisch, da die an den Verkäufer gemachte, von ihm zurückzugewährende Leistung in Geld besteht[1]). Zu beachten ist auch, dass der Rücktritt wegen Mängel im Recht durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer erfolgt, während die Wandelung wegen Sachmängel sich nur durch Vertrag oder gerichtliche Durchführung vollziehen lässt (vgl. § 327, 349 mit § 465, 467; in letzterem ist § 349 nicht citiert).

5. Der Käufer kann aber auch sich darauf beschränken, die Rechte des § 323 geltend zu machen: er kann unter Verzicht auf seine weitergehenden Ansprüche Minderung des Kaufpreises um einen dem noch ausstehenden Teil der Leistung, dessen Wert sich hier deckt mit der durch den Rechtsmangel bewirkten Wertminderung, entsprechenden Betrag, verlangen; hat er mehr als den sich ergebenden Betrag vorgeleistet, so kann er die Mehrleistung nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern. Hat der Verkäufer aus demselben Anlass, der ihm die Rechtsverschaffung unmöglich macht[2]), einen Ersatzanspruch gegen einen Dritten, so kann der Käufer Abtretung dieses Anspruchs fordern, hat aber dann auch seinerseits dem Verkäufer einen dem Wert des abgetretenen Anspruchs entsprechenden Teil des Kaufpreises zu entrichten.

---

[1]) Vergl. zu § 327, Abs. 2, Protoc. Seite 1308.

[2]) Das ist nur denkbar, wenn der Rechtsmangel einen nachweisbaren positiven Anlass hat z. B. es wird ein Hund verkauft, der Verkäufer weiss nicht, dass sein Freund, dem er den Hund kurz vorher anvertraut hatte, mit dem Hund bei unrechtmässiger Jagdausübung betroffen wurde; der Hund wird beim Käufer eingezogen.

Was das Verhältnis der mehreren dem Käufer zustehenden Rechte zu einander betrifft, so ist bezüglich des Rücktrittsrechts an § 355 zu erinnern, der den Verkäufer in den Stand setzt, den Käufer jedenfalls zu einer Entscheidung über dieses Recht zu zwingen. Im übrigen folgt aus der Natur der Sache, dass der Gläubiger, und nicht der Schuldner, die Wahl hat. § 283 und 326 bestimmen, dass mit dem Ablauf der zwecks Herbeiführung des Interesseanspruchs gesetzten Frist der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen ist. Andererseits ist mit der Erklärung des Rücktritts der Rücktritt erfolgt, womit, da diese Erklärung unwiderruflich ist, der Erfüllungs- wie der Interesseanspruch endgiltig in Wegfall kommt. Hinsichtlich des Interesseanspruchs entscheidet mangels anderer Gesichtspunkte die Wahl durch Erklärung gegenüber dem andern Teil nach § 263. Die Geltendmachung der Einrede des nichterfüllten Vertrags ist, unbeschadet der sonstigen Rechte, neben diesen zulässig, enthält also keine Entscheidung bezüglich dieser.

6. Unter Umständen kann der Käufer, der bezahlt hat, ohne dass ihm das gekaufte Recht vollständig verschafft wurde, Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen, nicht zwar deshalb, weil dem Anspruch des Verkäufers auf den Kaufpreis die Einrede des nichterfüllten Vertrags entgegenstand, da diese ihrer Natur nach den Anspruch des Gegners nicht dauernd hemmt, wohl aber dann, wenn der Käufer, der zum Rücktritt berechtigt ist, nach Erklärung des Rücktritts irrtümlich zahlt, oder wenn sich der Käufer für Preisminderung entschieden hat und nun doch irrtümlich vollbezahlt. Als condictio ob causam finitam ist der Bereicherungsanspruch zuständig, wenn und soweit Rücktritt oder Preisminderung der Bezahlung nachfolgt.

7. Mangelhafte Rechtsverschaffung bedeutet zwar eine Verletzung contractlicher Pflichten, aber noch nicht notwendig ein Delict. Stellt die Nichterfüllung in ihrem concreten Zusammenhang den Thatbestand eines Delicts dar, was selbständig

zu untersuchen ist, so tritt der erwachsende Delictsanspruch, wofern nur der zu ersetzende Schade ein und derselbe ist, mit dem contractlichen Ersatzanspruch dergestalt in Concurrenz, dass der Verkäufer dem Käufer nach dessen Wahl aus jedem der beiden Ansprüche in solidum haftet, aber durch einmalige Leistung beide Verpflichtungen zu lösen vermag.[1])[2])

Kein besonderes Recht verleiht § 435 dem Käufer; ein Löschungsanspruch erwächst ihm schon aus dem Recht auf Eigentumsverschaffung, wenn das zu löschende Fremdrecht bestand. § 435 constatiert nur, um etwaige Zweifel zu ersticken, den Löschungsanspruch auch für den Fall, dass das zu löschende Recht nicht bestand. Keine Folge der Gewährleistungspflicht stellt das Recht des Käufers auf Auskunft nach § 444 dar. Dasselbe besteht vielmehr ohne Rücksicht darauf, ob ein Mangel im Recht vorliegt oder nicht, und ist deshalb hier nicht zu behandeln.

4. Beweislast.

§ 19.

Das BGB. hat keine allgemeinen Grundsätze über die Verteilung der Beweislast aufgestellt. Es finden sich nur vereinzelte Bestimmungen bei einzelnen Materien. Eine solche Bestimmung giebt § 442: „Bestreitet der Verkäufer den vom Käufer geltendgemachten Mangel im Recht, so hat der Käufer den Mangel zu beweisen.“

Voraussetzung der Beweislast des Käufers ist, dass der Käufer den Rechtsmangel geltend macht. Der Käufer ist nicht beweispflichtig, wenn der Verkäufer selbst sich auf einen Rechtsmangel bezieht, z. B. weil er gemäss § 275 Befreiung

[1]) Wie bekannt, leugnet Cosack, Lehrb. 2. Aufl. Bd. 1, § 163. 2 c, Seite 591, die Möglichkeit eines Zusammentreffens von delictischem und contractlichem Ersatzanspruch; ob mit Recht, muss hier dahingestellt bleiben.

[2]) Die im Text angedeutete Construction des concursus duarum causarum dürfte vielleicht eine nicht uninteressante Lösung für diese Lehre bieten: Vergleichung des concursus mit dem Fall der Gesamtschuldverhältnisse, analoge Anwendung der §§ 420 ff. auf den Fall des concursus.

durch nachträglich in einer von ihm nicht zu vertretenden Weise entstandene Unmöglichkeit der Rechtsverschaffung behauptet. Wo ein Rechtsmangel gar nicht Voraussetzung ist für das vom Käufer geltend gemachte Recht wie z. B. im Fall des § 435 [1]), bedarf es auch keines Beweises in dieser Richtung.

Die durch § 442 geschaffene Beweispflichtlage entspricht den allgemeinen Grundsätzen, so oft der Käufer klagweise Ansprüche wegen Nichterfüllung des Vertrags geltend macht, da hier die Nichterfüllung, die durch Bezeichnung des Rechtsmangels zu substanziieren ist, anspruchserzeugend wirkt. Eine Ausnahme wird dagegen geschaffen, für den Fall dass der Käufer auf den Rechtsmangel die Einrede des nichterfüllten Vertrags stüzt, da hier nach den sonst geltenden Grundsätzen der Verkäufer die Erfüllung zu beweisen hätte.[2])

Bei Durchführung des ihm obliegenden Beweises wird es dem Käufer sehr zu statten kommen, wenn er sich auf einen Obsieg des Drittberechtigten im Prozess berufen kann, zumal wenn er in diesem Prozess mit dem Dritten dem Verkäufer den Streit verkündet hatte[3]). Unerlässlich für den Regress gegen den Verkäufer ist weder der Prozess mit dem Dritten noch die Streitverkündung im Verlauf desselben. Es besteht keine Pflicht zur Streitverkündung, kein Präjudiz für ihre Unterlassung[4]). Wo der fragliche Rechtsmangel nicht im Recht eines Dritten besteht, kann ein Prozess wegen desselben nicht in Betracht kommen.

Bemerkenswert ist, dass der Käufer, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bzw. Rücktritt geltend machen will, die ihn treffende Beweislast umgehen kann, wenn er den Weg des

[1]) Örtmann, Seite 158 zu § 435. Dabei ist es einerlei, ob das zu löschende Fremdrecht besteht oder nicht, da der Löschungsanspruch ohne Rücksicht auf das Bestehen des Fremdrechts zusteht, also sich nicht auf dieses gründet.

[2]) Windscheid, bei Anm. 3 zu § 321 II, Seite 297.

[3]) Vergl. Mandry-Geib, civilrechtl. Inhalt § 40 I Seite 427 f.

[4]) Es können dem Käufer nur Vorteile entgehen (CPO. § 72—74), keine Nachteile entstehen.

§ 283 wählt, da er hier den Rechtsmangel nicht geltend zu machen braucht, um zu dem erwähnten Ziel zu gelangen. Denn die eine Verurteilung zur Leistung erstrebende Klage auf Leistung bedarf zu ihrer Substanziierung nicht der Behauptung der Nichterfüllung. Es ist vielmehr Sache des Beklagten, eine etwaige Erfüllung geltend zu machen.

IV. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers bei besonderen Arten von Käufen.

§ 20.

1. Das BGB. giebt keinerlei besondere Bestimmungen bezüglich des Gattungskaufs. Doch bringt die Natur der Sache eine Besonderheit insofern mit sich, als zur Zeit des Vertragsschlusses der Gegenstand noch nicht bestimmt ist, der in der Folge geleistet wird. Es kann deshalb der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, der sonst bei der Frage nach dem concreten Bestand der zu vertretenden Rechtsmängel und nach der Wirkung der Kenntnis von denselben auf seiten des Käufers (§ 439) den Ausschlag giebt, hier nicht in Betracht kommen. An seine Stelle tritt der Zeitpunkt, wo die Verpflichtung sich gemäss § 243 Abs. 2 auf einen individuellen Leistungsgegenstand concentriert.

2. Der Verkäufer einer Forderung haftet, entsprechend dem, was beim Sachkauf gilt, für das Bestehen des Rechts und für Freiheit von fremden Rechten, Lasten und Einreden. Die Haftung greift Platz auch, wenn die Forderung nie bestand[1]). Für Bonität der Forderung haftet der Verkäufer nur kraft besonderer Zusage. Eine solche ist als stillschweigend gegeben um so eher anzunehmen, je mehr der Kaufpreis für die Forderung sich deren Nennwert nähert. Wo sie übernommen wird, soll sich die Haftung für Bonität im Zweifel nur auf die Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Abtretung beziehen

[1]) § 437 hat den Zweck die Analogie des wegen anfänglicher objektiver Unmöglichkeit nichtigen Kaufs einer nichtbestehenden Sache auszuschliessen. Protoc. Seite 1343.

(§ 438), also nicht, wie die Haftung für Verität, auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses.[1])

Bezüglich des Aufgebotsverfahrens, das als solches einen Rechtsmangel noch nicht darstellt[2]), wird dem Verkäufer durch § 437 Abs. 2 ausdrücklich die Haftung aufgebürdet. Man ging davon aus[3]), dass es dem Verkehr nicht entspreche, vom Käufer eines Wertpapiers zu verlangen, dass er sich vergewissere, ob gegen das Papier ein Aufgebotsverfahren im Gang sei. „Er darf sich in dieser Beziehung auf den Verkäufer verlassen, auch wenn dieser den Mangel nicht kennt." Erfordert wird jedoch, dass zur Zeit des Kaufvertrags wenigstens schon die „ersten gerichtlichen Aufgebotshandlungen" vorlagen. Planck[4]) weist nach, dass dies nicht genüge, dass vielmehr bereits die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots erfolgt sein müsse, „da erst diese dem Verkäufer die Möglichkeit bietet, von dem Aufgebot Kenntnis zu nehmen." Eine besondere Erwähnung der richterlichen Zahlungssperre, wie sie sich im I. Entwurf findet, hat die II. Kommission nach anfänglichem Schwanken abgelehnt[5]). Man betrachtete dieselbe als richterliches Veräusserungsverbot und nahm deshalb an, dass eine Haftung sich nach dem Verschaffungsprincip von selbst verstehe.

3. Die Gewährleistung für Mängel im Recht beim Erbschaftskauf ist durch § 2376 eingehend geregelt. Im übrigen ist der Kauf eines Vermögensganzen oder einer Sachgesamtheit als Kauf einer Summe von Einzelsachen zu behandeln, wobei sich auch die Frage nach der Gewährleistung für jeden Gegenstand besonders beantwortet.

---

[1]) Örtmann, Comm. zu § 438, Seite 160.
[2]) Oben Seite 38.
[3]) Protoc. Seite 1315 f.
[4]) Comm. Nr. 2 zu § 437, Seite 230.
[5]) Protoc. Seite 2525.